„ПРАВО и ЖИЗНЬ“.

КНИГА ТРЕТЬЯ.

1922 г.

МОСКВА.
Издательство „ПРАВО И ЖИЗНЬ.“

ОТ РЕДАКЦИИ.

Стремясь, в целях наиболее успешного достижения задач, преследуемых Журналом (см. № 1, стр. 3, ст. „Наши задачи"), к всестороннему и полному освещению научных проблем, Редакция не стесняет сотрудников и членов своей коллегии в возможности высказывать на столбцах журнала "ПРАВО и ЖИЗНЬ" теоретические воззрения, которые не вполне совпадают с точкой зрения редакционной коллегии.

2500 экз. (Главлит) Москва. № 1886 8/X-22 г.
Типография „Красный Печатник" (б. 31 МСНХ, аренд. ГУМ) Никольская, 1—3.

Безвалютность займа

(по проекту Положения об обязательствах, возникающих из договоров).

Статья 77-я проекта „Положения об обязательствах из договоров" гласит: „Заемщик в праве оспаривать договор займа полностью или в части по его безденежности (безвалютности), доказывая, что деньги или вещи в действительности или совсем не были ему переданы заимодавцем, или переданы в количестве, меньшем против показанного в тексте договора. В тех случаях, когда договор займа должен быть совершен в письменной форме, оспаривание займа путем свидетельских показаний не допускается".

Выражение „текст договора", употребленное в конце первой части цитированной статьи, могло бы само по себе возбудить сомнение, не относится ли постановление этой статьи лишь к случаям совершения займа в письменной форме [1]); однако, из сопоставления первой части статьи со второй приходится сделать противоположный вывод, а именно, что в данном случае только редакционная неловкость, но что мысль статьи сводится к вопросу об оспаривании всякого вообще займа, а не только совершенного в письменной форме.

Новейшие западно-европейские кодексы материального права вообще не содержат каких-либо специальных норм относительно споров о безвалютности займа; на данную проблему там смотрят, как на чисто процессуальную, разрешаемую правилами о доказывании, с помощью которых заинтересованные лица и могут себя защищать. В отношении случаев совершения займа без письменного акта (заемной расписки) вопрос особенно прост: истец, требующий возврата занятой суммы, должен, в силу общих правил, доказать, что такая сумма в самом деле была предоставлена ответчику; если заем в действительности безденежный или безвалютный, очевидно, истец не сумеет обосновать своего иска, и для ответчика не возникает надобности заявлять спор о безденежности. В этой части (поскольку дело идет о неформальном займе) специальной нормы об оспаривании по безвалютности не требуется ни в материальном гражданском законодательстве, ни в процессуальном. Применительно к этим случаям постановление ст. 77-й проекта особенно неудачно: оно производит впечатление, что закон, вместо того, чтобы требовать от заимодавца—истца доказательства факта передачи валюты, желает возложить на заемщика—ответчика доказывание факта безвалютности. — Строго говоря, не меняется дело принципиально и в тех случаях, когда заем совершается в письменной форме. Все осложнение состоит тогда лишь в том, что веритель по договору займа имеет на руках расписку должника, в которой тот признает факт получения взаймы такой-то суммы и свою обязанность ту

---

1) По ст. 68 проекта обязательная письменная форма устанавливается для договоров займа на сумму свыше 50 довоенных золотых рублей.

же сумму возвратить; таким образом, верителю достаточно, в случае пред'явления иска, представить в суд этот документ, и иск доказан. Между тем возможно, что факт получения валюты, признаваемый в заемной расписке, в действительности не имел места. Приходится иметь в виду, что и по самому существу дела и в силу социально-экономических условий расписка в получении валюты займа изготовляется в жизни обыкновенно раньше, чем вручение валюты состоялось: существо дела приводит к этому потому, что заимодавцу важно, прежде чем отдать валюту, проверить, правильно ли показана в расписке сумма долга, срок возврата и пр.; социально-экономические условия способствуют в том же направлении, потому что заемщик—обычно сторона слабая, нуждающаяся; не она диктует условия, а ей диктуют; и раз заимодавец заинтересован в том, чтобы поглядеть расписку раньше, чем передавать сумму займа, можно быть уверенным, что такой именно порядок и будет практиковаться. Выводом из всех этих указаний жизненного опыта является неуверенность в том, что расписка соответствует действительности, что событие, которое в ней признает должник (передача валюты), действительно имело место. Другими словами, возникает вопрос о доказательной силе заемной расписки или иного документа, удостоверяющего передачу валюты. Новейшие кодексы материального гражданского права (герм. и швейц.) с этой точки зрения и не дают никаких норм относительно оспаривания займа по безвалютности: вопросы о том, какую цену придавать расписке, как документу вообще, и в частности, как документу, содержащему признание должника,—носят чисто процессуальный характер, и место им в кодексе процессуальных законов. Только немногие европейские кодексы содержат и среди материальных гражданских законов те или иные указания относительно безвалютности заемной расписки. Но в этих постановлениях нет чего-либо нового по существу. Больше того: если не упускать из виду исторической перспективы, если учесть то обстоятельство, что до кодификационной волны, покатившейся с конца 18-го века и особенно усилившейся в течение 19-го века, запад жил в значительной сфере отношений под непосредственным влиянием римского права, то станет весьма вероятным, что когда в некоторые кодексы включались постановления относительно спора о безвалютности (напр., прусское земское улож., I, 11, 732—736; авст. гражд. улож. 1001), то основная задача составителей этих кодексов заключалась в том, чтобы подчеркнуть неприменимость римской querela non numeratae pecuniae. Этот институт в римском праве императорского периода имел ту основную особенность, что ссылка лица, подписавшего долговую расписку, на то, что удостоверяемое этим документом получение суммы не соответствует действительности, лишала верителя возможности опирать свое требование на одном признании должника, содержащемся в документе; верителю приходилось иными способами доказывать факт получения должником показанной в документе суммы (лишь по истечении срока, установленного для пред'явления querela, веритель мог ограничиться в подтверждение своих требований одним представлением документа, против которого спор о безденежности больше не допускался, C. J. 4. 40, 3, 8, 10). Здесь нет места останавливаться на чрезвычайно спорном вопросе о том, чем об'ясняется такая странная постановка этого института (повидимому, ближе всех к истине те исследователи—из русских Сабинин, Фрезе,—которые ищут об'яснения в особенностях истории долговых документов, в частности — во взаимодействии понятий греческого права и исконных римскоправовых [1]); можно лишь привести один выяснившийся и единодушно

[1]) Сабинин, О договоре займа по римск. праву, 1905, стр. 198 и сл. Frese, Zur Lehre von der Quittung, Sav.—Zeitschr., Bd. XVIII (1897); Фрезе, Очерки греко-египетского права, ч. I, 1912, стр. 166 слл.

признаваемый результат разработки querela non numeratae pecuniae: это — отрицательный ответ на вопрос о внутренней ценности и целесообразности этого продукта юридической мысли эпохи упадка. Недопустимость такого положения, при котором голословное заявление лица, выдавшего заемную расписку, что оно валюты не получало, сразу вырывает из рук верителя заемную расписку в качестве доказательства,—и имеют в виду отметить те немногие кодексы гражданских законов, в которых можно найти прямые или косвенные указания относительно безвалютности долговой расписки [1]).

Русское право не испытало такой рецепции римского права, какая имела место на Западе; римскоправовые начала проникали в русскую юридическую жизнь больше косвенно (через посредство греческого права и вообще греческой культуры); во всяком случае, бороться с унаследованными от римского права идеями, оттенять неприменимость римских норм русскому законодателю не приходилось и не приходится. Если же отрешиться от этих исторических воспоминаний, всякая надобность в нормировке спора о безвалютности в кодексе материального гражданского права отпадает. Тем не менее, и в дореволюционном русском праве среди материальных законов о займе были нормы, регламентировавшие оспаривание заемного документа по безденежности (Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 2014—2016; проект гражд. улож., кн. V, ст. 361 по ред. 1899 г., ст. 385— по ред. 1913 г.); и теперь—советский проект Положения об обязательствах также не проходит мимо этого вопроса. Следует признать, что пока новый устав гражданского судопроизводства все еще остается в области проектов и предположений, ст. 77 проекта, пожалуй, не будет лишней, как некоторое дополнение к недостаточному процессуальному законодательству. Не следует забывать, что Полож. о Народном Суде стоит на той принципиальной позиции, что никаких определенных правил доказывания, никаких особых норм об отдельных видах доказательств быть не должно, что революционное правосознание подскажет народному судье, как отнестись к представляемым доказательствам в каждом отдельном случае, какие из них допустить, и т. д. Такая неограниченная никакими руководящими положениями свобода усмотрения суда была естественна в эпоху составления Положения о народном суде, когда не приходилось говорить о гражданском обороте, когда сфера частного права сводилась к величине, если не бесконечно, то во всяком случае—весьма малой. Иное наблюдается при т. н. новой экономической политике. Гражданский оборот требует, чтобы суд не был вполне предоставлен в этом деле самому себе, чтобы по крупнейшим вопросам ему были даны директивы от законодательной власти. А так как в широком масштабе этот вопрос еще не получил разрешения, то не приходится пренебрегать такими частными указаниями, как постановление ст. 77-й проекта Положения об обязательствах, относительно доказательной силы акта займа и способов его оспаривания. Со включением в процессуальный закон общих норм о доказательствах, ст. 77 окажется в обязательственном праве излишнею (как излишне было соответствующее указание в дореволюционном Св. зак. гражд.), но пока она сохраняет значение. Однако, даже и при отсутствии в процессуальном законе норм о доказательствах, совершенно не нужно постановление о допустимости оспаривания по безвалютности неформального займа: необходимость для заимодавца—истца доказать факт передачи

---

[1]) Названные выше постановления прусск. земск. улож. I, 11, ст. 732—736, сводятся к тому, что заемный акт служит основанием для предположения, что изложенное в нем верно, пока противное не будет удостоверено лицом, выдавшим акт, какими-либо доказательствами; постановление § 1001 австр. гражд. улож. перечисляет условия доказательной силы долговой расписки и позволяет косвенно заключать о недопустимости exceptio non numeratae pecuniae.

валюты слишком очевидна. Казалось бы, поэтому, правильным на место оспаривания договора займа нормировать оспаривание заемной расписки (как документа, содержащего признание должника в получении валюты).

Следует ли сохранить вторую часть ст. 77-й, что оспаривание заемной расписки с помощью свидетельских показаний не допускается? Этот вопрос наводит на мысль еще о другой, более широкой проблеме: не следует ли для некоторых актов, обставляемых более или менее сложными формальностями, установить исключение, гарантировать против возможности их оспаривания по безденежности, или безвалютности? Дореволюционное русское право разрешало последний вопрос так: крепостные заемные письма (очевидно, в виду того, что они совершались при участии государственного должностного лица—нотариальным порядком) не подлежали оспариванию по безденежности (Св. зак. гражд., т. X, ч. 1, ст. 2015); оспаривание векселя по безвалютности, несмотря на формальный характер этого документа, допускалось. Кстати, по поводу векселя любопытно привести одно сравнение. Только что изложенная справка о допустимости спора о безденежности векселя не может быть подтверждена буквальным текстом ни одной статьи устава о векселях 27 мая 1902 года. Вопрос о том, допустимо ли возражение о безденежности векселя, решался на основе ст. 33 уст. о векс. (воспроизводившей ст. 82 герм. векс. устава): „ответственное по векселю лицо, к которому обращено вексельное требование, может защищаться только такими возражениями, которые вытекают из постановлений сего устава или из непосредственных отношений означенного лица к векселедержателю". Теория и практика германского вексельного права, а за ними и русская дореволюционная практика, истолковали это постановление в том смысле, что к числу возражений, вытекающих из непосредственных отношений между ответственным по векселю лицом и первым приобретателем векселя должно относиться и возражение о безденежности (безвалютности) векселя. Основанием для такого вывода послужило, главным образом, то соображение, что формальный и абстрактный характер векселя должен находить себе предел в принципе доброй совести. Вообще, вексель получает силу вследствие одного факта его выдачи, вне зависимости от того, каково его правооснование и осуществилось ли оно в действительности; но взыскание по векселю не должно противоречить принципу доброй совести, иначе необходимо допустить возражение против взыскания: в этом и заключается суть данного отношения.

В действующем „Положении о векселях" (Изв. В. Ц. И. К. 30 марта 1922 г., № 72), воспринявшем многие нормы из старого вексельного устава, ст. 33 не воспринята. Тем не менее, только что приведенное основание спора о безвалютности векселя настолько общезначуще, что и в настоящее время невозможно не допускать таких споров (только в том случае, если бы в конкретном казусе веритель произвел передачу валюты должнику в присутствии должностного лица, с тем чтобы передача была засвидетельствована в акте, возбуждение спора о безденежности следовало бы признать недопустимым). По тем же соображениям, какие приведены выше по поводу оспаривания заемных документов, представляется желательным не оставлять этого вывода на свободное усмотрение суда, а регламентировать специальной нормой.

Возвращаясь к более узкому вопросу, поставленному 2-ю частью ст. 77-й, отметим, что содержащаяся в ней норма о недопустимости опровержения письменных документов о займе посредством свидетельских показаний, соответствует тому положению, какое в прежнем русском праве испытано было на практике (в особенности—применительно к векселям), а также разделяется и многими теоретиками (иного мнения Шершеневич, Учебн. торг. права, изд. 1910, стр. 238, полагающий, что безденежность,

как обстоятельство вневексельное, можно доказывать всеми средствами, хотя бы и свидетельскими показаниями). Господствовавшая в прежней судебной практике точка зрения, воспринятая во 2-ой части ст. 77-ой, представляется предпочтительной: ограничить оспаривание, как векселя, так и заемного письменного документа, целесообразно, в предупреждение неосновательных и сомнительных процессов.

В конечном итоге, ст. 77-ю целесообразно, казалось бы, изменить примерно следующим образом:

„В случаях, если должник заявляет, что валюта займа, несмотря на противоположную оговорку в документе о займе, в действительности им не получена, полностью или в части (заявление о безденежности или безвалютности займа), на него ложится доказывание этого обстоятельства, при чем свидетельские показания в качестве доказательства не принимаются".

И. Б. Новицкий.

Юридическая природа железнодорожной перевозки.

(Окончание.)

III.

Если считать железную дорогу офферентом, то офферту надо признать сделанной к публике и отметить в ней некоторые особенности. Так и делает Josserand, давший монографическую обработку французского транспортного права (за исключением морского). С этой точки зрения, правовое положение железной дороги, которое теория Kontrahierungzzwang'a конструирует как обязанность заключить договор, является ничем иным как связанностью дороги сделанным ею предложением. Josserand дает следующую формулировку: „le transporteur se trouve dans la situation d'un pollicitant nécessaire en état permanent d'offres obligatoires, irrévocables et égalitaires envers le public: non seulement il ne peut pas se refuser à contracter, mais il est tenu de le faire à des conditions préalablement déterminées, sans le contrôle du législateur ou de l'administration" [1]).

Несмотря на то, что офферта осложняется участием администрации и даже законодателя, основанием связанности железной дороги все же является именно она, след., собственное волеиз'явление суб'екта, в данном случае железнодорожного предприятия. Участие власти только укрепляет и увеличивает правовую силу офферты, но не заменяет ее. [2])

Для того, чтобы волеиз'явление могло быть оффертой, необходима ее перефекция, т.-е. надо, чтобы оно содержало в себе все условия, существенные для заключения договора. Необходимо, чтобы договор мог быть заключен простым присоединением того, кому предложение было сделано. Нет, впрочем, надобности требовать, чтобы договор мог быть совершен простым ответным „да" акцептанта. Если последнему предоставлено заполнить некоторые пункты по своему усмотрению, то мы тоже будем иметь вполне действительную офферту. Поэтому несомненно неправ Vivante, когда он полагает, что железную дорогу нельзя считать за офферента потому, что станцию назначения и груз определяет сам грузоотправитель [3]). Не в этом лежит слабое место теории.

---

[1]) L. Josserand, Les transports, Paris 1910—1911, в Traité générale de droit commercial под ред. Thaller; n° 71.

[2]) Giannini в Archivio giuridico, 1907, p. 358.

[3]) Vivante, Op cit n° 2031.

Офферта делается к публике ad incertam personam. Личность другого контрагента определяется только актом принятия им предложения. [1]) Современные законодательства специально не регулируют этот вид оферты. Швейцарское обязательственное право только определяет, что выставка товара с обозначением цены считается предложением заключить договор. Это случай, представляющий наименьшие затруднения. Германское гражданское уложение о ней совершенно умалчивает [2]). Французская судебная практика не делает различия между ней и оффертой, сделанной определенному лицу. Согласно общим началам современного права следует признать, что офферта ad incertam personam, сделанная с указанием срока, связывает предложившего на указанное им время. Если она сделана без указания срока, то, конечно, не может связывать предложившего на веки вечные. Она может быть взята обратно. Так как к ней нельзя применить Abs. 2 § 147 BGB, по которому офферта, сделанная без указания срока, связывает в течение времени, которое согласно обстоятельствам нужно для ответа, то надо признать, что предложение ad incertam personam действует только rebus sic stantibus и оферент может отвергнуть принятие (ex justa causa, определяемой по справедливому усмотрению суда, по мнению Biermann'a, с наступлением подразумеваемого резолютивного условия — по Scialoja).

Попробуем применить понятие оферты ad incertam personam к конструированию железнодорожной перевозки. Прежде всего надлежит рассмотреть, в чем проявляется сделанная дорогой офферта. Ее нельзя усмотреть в концессионном договоре, так как последний заключается с государством и не обращен к публике. Поскольку концессионный договор является источником определения обязанностей железной дороги к публике, он является об'ективным правопорядком, а не волеиз'явлением, порождающим конкретные юридические отношения с публикой [3]). Кроме того, когда мы имеем дело с казенными железными дорогами, подчиненными тому же режиму как и частные, концессионного договора нет. Нельзя видеть офферту в открытии движения и фактической эксплоатации дороги. Их пришлось бы рассматривать как конклюдентные действия, в которых проявляется волеиз'явление. Но тогда ничто не мешало бы железной дороге сделать обратное заявление, оговорить, что она желает заключать индивидуально договор с каждым отдельным отправителем и не обязывается принимать грузы непременно от всякого. Наконец, она могла бы взять офферту обратно. Между тем, ничего подобного сделать она не может. После своего открытия она должна принимать перевозки от каждого, кроме случаев особо предусмотренных, на условиях, установленных об'ективным правом. Нельзя усматривать взятие оферты обратно в закрытии дороги. Закрытие дороги исключает, конечно, возможность перевозок в дальнейшем. Но из понятия оферты никак нельзя вывести, что взятие ее обратно может делаться только в такой форме.

Чтобы выйти из затруднения, сторонникам рассматриваемой теории приходится обращаться к помощи государственной власти, законодательной

---

[1]) Об офферте ad incertam personam см: J. Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren, Jher. Jahrb 1893, B. 32; R. Sohm, Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer persona incerta, Zeit. für das gesamte Handelsrecht. 1872, B 17; A Scialoja, L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico. 1902.

[2]) § 156 BGB (аукцион) не предусматривает случая оферты к публике, так как по вопросу о юридической природе аукциона уложение встало на точку зрения Иеринга и сочло, что предложение делает покупатель. Впрочем см. по поводу этого параграфа R. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, s 12.

[3]) Л. С. Таль, концессионные договоры городских общественных управлений, Вестник Гражд. Права 1915 г. № 8.

или административной, которая своим авторитетом придает офферте такие свойства, которые ей по существу не принадлежат. Она не может быть взята обратно, является перманентной и одинаковой в отношении всех граждан. Между тем —одно из двух. Или правовое положение железной дороги об'ясняется тем, что она находится в состоянии офферты ad incertam personam. Тогда нет надобности привлекать на помощь законодателя и администрацию. Нет надобности говорить по этому поводу, как это делает Josserand, что „le principe de l'autonomie des volontés contractante est mis en échec" Lotmar совершенно правильно замечает, что основывать Kontrahierungszvang на том, что сделана офферта к публике, значит не обосновать этот zwang, а отрицать его. [1])

Или, если видеть об'яснение особенностей железнодорожной перевозки в нормах закона и административных распоряжениях, то следует ставить проблему с самого начала и, откинув понятие офферты, задаться вопросом: какие юридические факты являются предпосылкой применения этих норм? Они и будут основанием (в техническом смысле слова) возникновения соответствующих правоотношений. Нельзя также усмотреть офферту в издании и распубликовании тарифов. Тарифы могут составляться государственной,—законодательной или административной властью, могут составляться самим предприятием или органом, об'единяющим железнодорожные предприятия (с'езды) и представляться в органы государственной власти. При этом роль последних может быть различна. Тариф, чтобы приобрести силу действующего, может нуждаться в положительном утверждении или же только в неопротестовании в течение определенного срока. Возможно, наконец, просто издание тарифа самим предприятием с представлением его власти только для сведения [2]). Не входя в рассмотрение большого вопроса о юридической природе, силе и действии железнодорожных тарифов, [3]) посмотрим только, нельзя ли в их издании и распубликовании видеть предложение, обращенное к публике. Если тариф издается государственной властью, безразлично в законодательном или административном порядке для частных железных дорог, то, очевидно, офферты со стороны последних нет. Если тариф издан таким же образом для государственных железных дорог, то издание его тоже нельзя рассматривать как предложение вступить в договор. Нельзя нормативный акт государственной власти конструировать на подобие частного волеиз'явления. Но допустим, что мы имеем дело с тарифом, издаваемым самим железнодорожным предприятием даже без утверждения государства. Если в отношении его мы также отвергнем приравнение к офферте, то наш вывод a fortiori должен быть распространен и на издание тарифа с утверждением его властью. Допустим, что издание тарифа является предложением заключать договоры на условиях, в нем означенных. Замена одного тарифа другим будет являться заменой одной офферты другой. Железная дорога, согласно теории договора по современному праву, будет иметь право прекратить действие одного тарифа и не заменить его другим общим, а вместо него вступать в соглашение на индивидуальных условиях с отдельными грузоотправителями. Она сможет также заключать с тем или иным лицом договоры, не согласные с тарифом, т. к. нет препятствий к тому, чтобы соглашение между контрагентами отменило связующую силу предложения. Одним словом мы получим ряд выводов, совершенно несогласных с положительным правом. Придется снова выдвигать в качестве deus ex machina законодательную и административную власть, т. е., как мы видели, в скрытой

---

[1]) Lotmar Arbeitsvertrag I, s. 260.

[2]) Такой порядок устанавливался для товарных складов ст. 777. Устава торгового (т. XI, ч. 2 Св. Зак.).

[3]) См. Dereut, La nature juridique des tarifs de chemin de fer.

форме отказаться от рассматриваемой теории железнодорожной перевозки и поставить знак вопроса, требующий самостоятельного ответа. К этим затруднениям присоединятся трудности применять к тарифам, рассматриваемым в качестве офферты, приемы толкования договоров. История судебной практики по этому вопросу, напр., русской, с достаточной наглядностью показывает невозможность осуществления этого.

Таким образом, действие тарифа в отношении железной дороги гораздо более сильно и значительно, чем то, которым сделанное предложение связывает оферента. Его действие есть действие норм об'ективного правопорядка [1]).

С отпадением теории офферты ad incertam personam отпадает и возможность рассматривать железнодорожную перевозку как юридическое отношение, возникающее из договора, составившегося из предложения дороги, принятого грузоотправителем.

IV.

Недостатки договорных теорий привели к попыткам конструировать институт с устранением понятия договора [2]).

1. Одна из них, промежуточная, была сделана Schott'ом в его обработке транспортного права в т. III-м Handbuch des Handelsrechts Endemann'a. У Schott'a нет единой конструкции двух отраслей железнодорожной перевозки,—перевозки лиц и перевозки грузов. Сущность его взглядов сводится к следующему. При перевозке пассажиров не может быть речи о договоре, так как железная дорога обязана, независимо от своей воли, перевозить всякого, кто является законным обладателем билета. Уплатив за билет, пассажир создает необходимую предпосылку для возникновения на стороне железной дороги Transportpflicht. До покупки билета обязанность перевозки еще не существует. Поэтому билет не есть квитанция об уплате за провоз, а легитимационный документ, от обладания коим зависит притязание на услугу со стороны железной дороги. Обязанность железной дороги основана не на договоре, а на законе.

Иначе смотрит Schott на железнодорожную перевозку грузов. Сравнивая ее с почтовой пересылкой, которая, по его мнению, также как и перевозка пассажиров, основана не на договоре, а на законе, он указывает, что перевозка грузов занимает среднее место между договорными правоотношениями с одной стороны и olbigatio ex lege с другой. Она основана непосредственно на договоре, но очень близко подходит к gesetzlichen Frachtobligation, так как на стороне железной дороги есть обязанность к заключению договора, и обязательство, порождаемое последним, получает свое содержание от закона. „Mann kann daher die Transportobligation der Eisenbahn als mittelbar oder unentwickelte gesetzliche Transportobligation bezeichnen", замечает Schott. Железнодорожная перевозка грузов, таким образом, является институтом с как бы не законченным развитием, стремящимся превратиться из договорного правоотношения в obligatio ex lege.

Schott предлагает двойную конструкцию. При этом его взгляды на перевозку грузов, в сущности говоря, довольно мало отличаются от обычной договорной теории. Обязанности железной дороги он считает основан-

---

[1]) Мы склонны видеть в тарифах, издаваемых самим предприятием, пример автономного создания норм об'ективного права. См. Таль, Автономное правотворчество в частном праве Юр. Вестника 1916 г. кн. XVI. (IV).

[2]) Endemann's Handbuch des Handelsrechts, B. III, стр. 301 и след. и 525 и след.

ными частью на законе, частью на договоре. На законе, так как об'ективным правом установлена обязанность вступать в договорные отношения с грузоотправителями, на договоре в виду того, что обязанность перевезти тот или иной конкретный груз возникает в силу соглашения с отправителем. Особенностью его взглядов является, во-первых, разделение перевозки грузов и перевозки лиц на два разных по своей юридической природе института, во-вторых, конструирование последнего из них как obligatio ex lege.

Юридический анализ отношений пассажира и грузоотправителя к железной дороге едва ли дает основание к изложенному разделению. Железная дорога обязана выдать каждому желающему билет на пассажирский поезд, предусмотренный расписанием. Равным образом, обязана она принять груз к перевозке, если нет указанных в законе оснований, которые парализуют эту обязанность. Нет достаточных оснований в одном случае конструировать obligatio ex lege перевозить пассажира, в другом obligatio ex lege заключить договор перевозки груза плюс еще самый договор перевозки. То обстоятельство, что прием и перевозка груза являются операциями и технически, и юридически более сложными, чем выдача билета и пассажирское движение, в виду хотя бы тех формальностей, которых требует составление грузовых документов и ряда других особенностей, ничего в интересующем нас отношении не меняет. Различие между перевозкой лиц и перевозкой грузов не в юридическом основании возникновения обязанностей железной дороги, а в содержании возникающих из этого основания правоотношений. Грузовое движение порождает значительно более сложный комплекс взаимных прав и обязанностей, чем пассажирское. Поэтому единообразная конструкция основания возникновения перевозки кажется нам более правильной.

Если обратиться к конструированию Schott'ом обязанностей железной дороги при перевозке лиц как obligatio ex lege, то следует признать, что это совсем не конструкция, а отказ от таковой. Всякое обязательство имеет своим источником закон, всякое обязательство, поэтому, существует „ex lege". Но закон только общая норма об'ективного правопорядка. Чтобы конструировать те правоотношения, которые имеют в нем свой источник, необходимо выяснить, какие факты эта норма или совокупность норм делает предпосылкой, т. е. основанием возникновения тех или иных юридических последствий, в частности, возникновения обязательственных правоотношений. Это и даст нам конструкцию правоотношения, так как одно правоотношение отличается от другого только своим фактическим составом (фактическим составом, являющимся основанием его возникновения, или фактическим составом, который составляет содержание прав и обязанностей участников). Если анализом нормы мы его не выясним, то не сможем построить судейского силлогизма. Большая посылка,—норма об'ективного права, нам будет дана, но мы не будем знать, какие факты можно под нее подвести и образовать малую посылку, необходимую, чтобы получить возможность сделать вывод в применении к тому или иному конкретному случаю.

2) Другая попытка не договорного конструирования, сделанная во французской литературе, имеет двоякий источник. С одной стороны—это брошенная R. Saleilles мысль о выделении особой категории договоров, так наз. contrats d'adhesion, с другой—идеи тех течений в современной французской науке административного права, которые представлены такими учеными как L. Duguit, Jèse, M. Hauriou.

Saleilles подметил существование в современном гражданском обороте особой категории договоров, в которых все условия заранее установлены одной стороной, обычно, крупным предприятием, и которые заключаются пу-

тем заявления о присоединении, о согласии на эти условия со стороны кого либо из той неопределенной массы лиц, к которой обращается предприятие с предложением своих услуг. Saleilles сам не остановился сколько-нибудь обстоятельно на анализе юридической природы этих договоров. Он отметил только, что они имеют мало общего с договорами в собственном смысле этого слова в виду того, что „il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sans adhesion de ceux, qui voudront accepter la loi du contrat"[1]). Saleilles, как это можно усмотреть из тех немногих строк, которые он посвящает теме, склонялся к тому, что основанием возникновения обязательства была односторонняя воля той стороны, которая диктовала свои условия другой. Его краткие замечания сыграли довольно большую роль во французской юридической литературе. Был сделан ряд попыток определить юридическую природу contrats d'adhesion, или „par adhesion", что, как правильно отмечалось, было бы более точным наименованием. Мнения при этом поделились. Одни находили, что правоотношение не теряет своего договорного характера, так как фактическое неравенство сторон не устраняет наличности договора; другие отрицали договорную теорию, основываясь, главным образом, на том, что только одна сторона участвует в выработке содержания правоотношения [2]).

При этом и те, и другие подводили под понятие contrats d'adhesion очень разнообразные отношения, которые сильно между собой отличались. В частности, не был выделен интересующий нас случай— обязательности оказания определенных услуг. Возможно, что это в значительной степени об'ясняется состоянием французского железнодорожного права, мало разработанного в законодательстве. Мысль Saleilles об особом характере правоотношений, возникших par adhesion, была перенесена в науку публичного права. M. Haurion и L. Duguit, в связи со своими взглядами на природу организуемых и осуществляемых государством публичных служб, отрицают договорный характер волеиз'явлений о присоединении (actes d'adhesion), [3]) независимо от того осуществляет ли их государство через свои органы или через концессионеров. Анализу отношений между публикой, с одной стороны, и публичной службой, с другой, Duguit посвящает специальную работу, [4]) которой мы и будем, главным образом, придерживаться при изложении его взглядов, так как она более точно и обстоятельно их развивает, чем другие его работы, где вопрос затрагивается скорее мимоходом.

Duguit исходит из понятия service public, которое он определяет следующим образом: «la mise en oeuvre de l'activité, que les gouvernants doivent obligatoirement exercer dans l' interêt des gouvernes.[1]) Акты государственной власти, которые создают и организуют публичную службу, являются законами в материальном смысле этого слова, независимо от того, от каких органов власти они исходят. Акты, создающие публичную службу и утверждающие обязанность государства, будут законами нормативными (lois

---

[1]) R. Saleilles Déclaration de volonté p. 229.

[2]) Литература представлена, главным образом, многочисленными докторскими тезами (Dollat, Pidon и др.) Сводка различных мнений дается в работе G. Dereut, De la nature juridique du contrat d'adhesion, Revue trim. de droit civil, 1910. В русской литературе см. обзор проф. Л. С. Таль. Новая категория договоров, Вест. Гражд. права 1915.

Из общей массы работ заслуживает быть выделенной книга H. Gasin, La nature juridique des réglements de travail. Contribution à l'étude de contrat d'adhesion. 1913.

[3]) M. Haurion, note b Sirey, 1908, 3, 19; L. Duguit, Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon p. 123.

[4]) L. Duguit, De la situation des particuliers à l' égard des services publics. Revue de droit public, 1907 p. 411 и след.

normatives), акты, организующие ее,—конструктивными и регламентирующими (lois constructives et réglementaires). Всякое частное лицо может воспользоваться услугами публичной службы, если оно подчинится тем положениям закона, которые ее создают и организуют. Для этого нужно сделать волеиз'явление (manifester une volonté juridique), предмет и цель которого совпадают с законом, регулирующим service public (la loi du service). Тогда в его пользу передается определенное юридическое положение (situation juridique). Всякая публичная служба—суд, полиция, народное образование, почта и телеграф, *железные дороги*, подпадают, по мнению Duguit, под эту конструкцию.

Если государство передает осуществление публичной службы концессионеру, то положение дела от этого не меняется. Между последним и частным лицом нет договорных отношений. „Il n'y a pas contrat; il ne peut pas y avoir contrat entre le particulier et le concessionnaire, mais il naît un rapport de droit entre eux parce qu'il y a chez le particulier un acte unilatéral de volonté conformé à la loi du service." [2]).

Если мы сделаем перевод терминологии Duguit на более обычную, мы должны будем сказать: между частным лицом и публичной службой нет договорных отношений. Одностороннее волеиз'явление частного лица, сделанное согласно об'ективному праву, порождает конкретное правоотношение,—суб'ективные права и обязанности. Duguit не сказал бы так в силу своего отрицательного отношения к понятию суб'ективного права. Но для нашей специальной темы это не имеет значения. Напротив, нам нужно изложить его взгляды так, чтобы они были соизмеримы с нашей постановкой вопроса, основанной на обычном противопоставлении об'ективного и суб'ективного права. Так как между „situation juridique", существующей в пользу определенного лица, и суб'ективным правом нет, по существу дела, ощутительной разницы, то мы можем это сделать, не рискуя повлиять на дальнейшее в ошибочную сторону.

Duguit отрицает наличность договора и основанием юридического отношения полагает волю частного лица. Как будет видно из дальнейшего, мы считаем этот взгляд в отношении железнодорожной перевозки правильным. Однако, нельзя не сделать двух замечаний. Во-первых, такая конструкция совершенно недостаточна. В сущности говоря, она дает не больше, чем простое отрицание договорной теории, так как, конечно, можно отрицать наличность соглашения между частным лицом и железной дорогой, но никому в голову не могло бы прийти отрицать наличность волеиз'явления со стороны грузоотправителя, сдающего груз, или пассажира, берущего билет. Но одностороннее волеиз'явление, как основание изменений в правоотношениях, может производить различный эффект. Оно может создавать различные по своей природе права и обязанности, может их изменять и прекращать. Констатируя это, мы подходим ко второму слабому месту построения Duguit. Конструкция дана им для отношений между частными лицами и публичной службой. Что же такое публичная служба? Мы видели определение, которое он дает. Это деятельность, которая для государства обязательна в интересах граждан. Где критерий этой обязательности? На этот вопрос мы не находим ответа. [1]) Не трудно усмотреть, что под понятие публичной службы подходят весьма разнообразные области. Полиция и суд, с одной стороны, организация вооруженных сил—с другой, почта, железные дороги—с третьей. Отношения, в которые граждане вступают с каждым из этих services publics, коренным образом отличаются друг от друга, и задача юриста отметить эту разницу. В некоторых случаях прив-

[1]) Не больше определенности у Jèse, по мнению которого все зависит от intention des gouvernants. „Les principes généraux du droit administratif. 1914. p 247.

лечение понятия service public совсем ничего об'яснить не может. Напр., как быть с товарными складами, которые наш Устав торговый подчинял тому же режиму в их отношениях с публикой, как и железные дороги. Товарный склад, принадлежавший частной компании, явно не был service public, так как государство, правда, разрешало его открытие, но не передавало ему осуществление своих задач. Концессионного договора не было. Очевидно, что привлечение понятия публичной службы ничего не дает для разрешения интересующего нас вопроса. Оно, быть может, нужно для характеристики вообще всей области публичного права, совпадая тогда с понятием социального служения, но при разрешении нашей проблемы оно не дает никакого нужного догматико—конструктивного плюса, а напротив, вредит своей неопределенностью и произвольным определением границ теоретического построения.

V.

Рассмотрев основные теории, мы можем перейти к попытке конструировать железнодорожную перевозку и прежде всего постараться выяснить вопрос, основана ли она на договоре и, если нет, то почему.

Договор есть свободное соглашение двух воль, направленных на установление, изменение или прекращение юридических отношений. Свобода договорных соглашений подвергается в современном праве многочисленным и разнообразным ограничениям. Эти ограничения могут итти настолько далеко, что в отдельных случаях можно ставить вопрос о том, имеется ли договор, *т. е. остаются ли, хотя бы немногочисленные, даже единичные элементы в составе юридических отношений между сторонами, для возникновения коих необходима встреча двух свободных волеизъявлений.*

Начало договорной свободы в обязательственном праве предоставляет сторонам возможность по своей воле: a) вступить в обязательственное правоотношение; b) с определенным лицом или лицами и c) установить содержание имеющего возникнуть правоотношения. Сообразно этому и ограничения договорной свободы могут итти в трех направлениях. Они могут касаться или содержания обязательства, или личности его участников, или самого вступления в правоотношение.

1) Ограничения свободы договоров в отношении их содержания, являются самыми многочисленными и характерными для современного права. Кроме общих ограничений (запрещение договоров, противных закону, добрым нравам, ростовщических и т. п.), сюда относятся разнообразные нормы принудительного права, установленные для отдельных договоров, напр., многочисленные ограничения этого рода для договора личного найма.

2) Другую категорию ограничений договорной свободы образуют собой случаи, когда одной из сторон заранее указывается ее будущий контрагент или же, наоборот, определенные возможные контрагенты исключаются, и устанавливается обязанность воздерживаться от вступления с ними в договорные отношения. Чаще имеет место последнее. Такие ограничения устанавливаются или по договору, или по закону. К числу первых нужно отнести обязанность, обычно устанавливаемую в коллективных договорах, воздерживаться от заключения индивидуальных договоров с лицами, не примыкающими к союзу или группе, участвующей в договоре. Сюда же следует отнести случаи так называемой Konkurrenzklausel, напр., договорное ограничение права служащего после оставления им места поступать на службу в конкурирующее предприятие.

К числу вторых, законных ограничений надо отнести некоторые случаи законного запрещения конкуренции. Другим примером могут слу-

жить так называемые Zwang—и Bannrechte средневекового права, согласно коим лица, проживающие в определенной местности, могли обращаться за оказанием тех или иных услуг только к особым управомоченным суб'ектам. Bannrechte были довольно малочисленны и касались разнообразных промыслов (Mühlenzwang, Brau—и Brennereigerechtigkeit и др.) [1]).

3) Сторона может принуждаться к вступлению в определенные обязательственные правоотношения. Biermann все такие случаи об'единяет в понятии Kontrahierungszwang. Не всегда можно согласиться с теми примерами, которые он приводит. Так, конечно, неправильно относить сюда обязательную эксплоатацию промышленного изобретения лицом, получившим на него патент. Владелец патента может и не заключать никаких договоров, не эксплоатировать изобретения. Никто не в праве требовать от него вступления в договор. Правда, по истечении указанного в законе срока, он лишится своего патента, но из этого следует, что эксплоатация является потестативным условием для существования права на изобретение, но не обязанностью.

Примером принуждения к вступлению в обязательственное правоотношение может служить французский закон 5 апреля 1910 г. о пенсиях рабочих и крестьян, который разрешает лицам, подлежащим обязательному страхованию, по своему выбору застраховаться или в Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, или в Société ou Union de société de secour mutuel, или Caisse départementale ou regionale de retraites, или в Caisse patronale ou syndicale de retraites, или в Caisse de syndicat de garantie, или же, наконец, в Caisse de syndicat professionnel (art. 3, 14, 17, 19 закона 5 апреля 1910 г.) [2]). Рабочий обязан застраховаться, но от него зависит избрать другую сторону обязательственного правоотношения между несколькими, указанными ему законом. Этот пример весьма характерен. Дело в том, что ограничения свободы договоров в отношении самого вступления в обязательственное правоотношение неизбежно бывают связаны с ограничениями в отношении выбора другой стороны и в отношении содержания договора. Так, в приведенном примере рабочий обязан застраховаться, ему указан круг возможных страховщиков, указано в значительной степени и содержание договора. Неизбежность такого комбинирования понятна. Если сторона должна вступить в правоотношение, то ей не может быть предоставлена полная свобода в выборе контрагента и определении условий. Такая свобода парализовала бы действие обязательного вступления. Свобода, предоставленная законом 5 апреля 1910 г. рабочему, очень невелика, но все же, в известных пределах, таковая имеется и, следовательно, воля его имеет для установления правоотношения юридическую значимость.

Допустим, что мы имеем правоотношение, в котором воля одной из сторон не будет иметь никакого значения ни для установления правоотношения, ни для выбора другой стороны, ни для определения содержания прав и обязанностей. Мы должны будем сказать, что эта сторона *не является контрагентом*, что, следовательно, мы не имеем встречи двух волеизявлений, не имеем и договора.

---

[1]) См. Beseler, System des deutschen Privatrechts. 1866. § 213; Konrad's Handwörterbuch v. Zwangrechte.

[2]) К рассматриваемым случаям мы не можем отнести намечающуюся во французской судебной практике теорию, устанавливающую ответственность предпринимателя за отказ заключить рабочий договор. Контуры и основание этой теории еще слишком мало выяснены. См.: R. Thery, Caractères généraux de la réglamentation jurisprudentiellе du contrat de travail en droit français. 1913, p. 20—33; Morel, Du refus de contracter, Revue tri m 1908. Некоторые интересные случаи можно найти в действующем русском рабочем законодательстве.

Многие французские авторы (между прочим и Duguit) придают слишком большое значение участию той и другой стороны в определении содержания договора и склонны отрицать наличность соглашения, если одна из сторон в этом не участвует. Эта точка зрения несомненно ошибочна и противоречит правильно понятой природе договора. *Договора нет только тогда, когда ни один из элементов обязательственного отношения не нуждается для своего возникновения в соединении встречных волеиз'явлений.*

Обратимся теперь к железнодорожной перевозке. Совершенно ясно, что воля грузоотправителя участвует в создании правоотношения. Ей принадлежит инициатива его возникновения, она определяет груз, станцию назначения и получателя груза. Иначе обстоит дело на стороне железной дороги. Личность грузоотправителя ею не определяется. Она должна принять груз от каждого. Наконец, содержание правоотношения также не зависит от ее волеиз'явления, как стороны в договоре. Мы видели при рассмотрении теории офферты к публике, что тарифы, даже тогда, когда они составляются самим железнодорожным предприятием, все же не являются договорами, волеиз'явлением. Тариф есть нечто внешнее по отношению к моменту возникновения взаимных прав и обязанностей дороги и отправителя, для которых он имеет значение принудительно действующих норм. Волеиз'явление со стороны железной дороги, таким образом, не является фактом, имеющим значение, ни для вступления ее в обязательственное отношение, ни для определения другой стороны, ни для установления его содержания. Все правоотношение целиком, во всех своих элементах, определяется помимо нее. Нельзя, поэтому, считать акт принятия груза за волеиз'явление, конституирующее договор. Он является действием, составляющим ее обязанность из возникшего правоотношения. Аналогично этому выдача билета пассажиру не является принятием сделанной последним офферты, а действием, удостоверяющим, что волеиз'явление другой стороны воспринято представителем железной дороги. Железнодорожная перевозка не есть, таким образом, договорное правоотношение.

Для того, чтобы дать положительную конструкцию, необходимо выяснить фактический состав, наличность которого является основанием возникновения правоотношения между железной дорогой с одной стороны и грузоотправителем с другой. Эти факты можно вскрыть в нормах закона. Возьмем для этого германское торговое уложение, которое в § 453 устанавливает начало обязательности перевозок и определяет условия, при которых оно действует. Из содержания этой статьи усматриваем, что для возникновения обязанности железной дороги перевезти за плату определенный груз, необходима наличность следующих фактов: 1) не противоречащее установленному на железной дороге законному порядку волеиз'явление грузоотправителя, направленное на перевозку груза (п. 1 § 453); 2) доставленный на станцию отправления груз, пригодный для перевозки обычными средствами железнодорожного передвижения (п. 3 § 453). Обязательность перевозки не возникает, если возможность ее исключена действием непреодолимой силы, если она запрещена законом или законным распоряжением власти, если перевозка не может быть сделана без обождания.

Волеиз'явление грузоотправителя должно быть воспринято железной дорогой. Мы имеем, следовательно, пользуясь немецкой терминологией, eine empfangsbedürftige Willenserklärung.

Соединяя это в одну формулу, мы получаем: „*обязательственные правоотношения между железной дорогой и грузоотправителем возникают из одностороннего волеиз'явления последнего, которое, направлено на перевозку определенного груза, указывает станцию назначения и получателя, должно быть воспринято железной дорогой*

и сопровождаться доставкой груза на станцию отправления в надлежащем виде, т. е. совершением тех действий, которые дают возможность дороге приступить к выполнению возникающих на ее стороне обязанностей.

Аналогичный анализ может быть проделан в отношении Общего Устава Российских железных дорог 1885 года. В отношении его придем к тем же выводам, с той только разницей, что железная дорога была обязана принять груз при невозможности его немедленной отправки с обождением в складе. Естественно, что для изложенной конструкции не имеет значения употребление законом термина „договор" и даже определение в 61 ст. того момента, с которого договор считается заключенным. Мы уже указывали выше на теоретическую некорректность Устава 1885 по этому вопросу. С принятой нами точки зрения необходимо признать, что правоотношение возникает тогда, когда сделано волеиз'явление грузоотправителя и сдан груз, что момент, указанный ст. 61, имеет значение только для определения характера ответственности железной дороги, которая до него регулировалась общими нормами законов гражданских, после него—специальными нормами Устава.

Несколько иначе обстоит дело с неотмененным до ныне Общим уставом железных дорог Р. С. Ф. С. Р. 16 августа 1920 года (Собр. Узак. 1920 г. № 77 ст. 362). В соответствии с общим строем эпохи так наз. военного коммунизма этот устав не знает правоотношений с частными лицами по перевозке грузов. Таковые могли иметь место только в отношении перевозки пассажиров и их багажа. Терминологически Устав 20 г. сбивался иногда на несоответствующую его основной идее формулировку. Так в ст. 28 говорится: „Накладная и дубликат ее служат доказательством *взаимных прав и обязанностей сторон, участвующих в перевозке*". На самом деле мы, конечно, имеем не стороны в обязательственном правоотношении, а чисто междуведомственные отношения, для которых Устав был не источником взаимных прав и обязанностей, а только инструкцией для регулирования деятельности должностных лиц.

Относительно же перевозки пассажиров и багажа сопоставление ст. 2 и 5 Устава заставляет прийти к выводу, что мы имеем дело с правоотношением, основанным на одностороннем волеиз'явлении пассажира.

Нам нужно теперь охарактеризовать юридическое положение до возникновения обязательственного правоотношения между дорогой и грузоотправителем, которое теория Kontrahierungszwang'a об'ясняет по аналогии с предварительным договором, теория оферты ad incertam personam, как связанность сделанным предложением, а теории Shott'a и Duguit совершенно обходят.

Грузоотправитель может своим односторонним волеиз'явлением создать обязательственное правоотношение между собой и железнодорожным предприятием. Это его право подходит под понятие так наз. вспомогательных прав, или „прав на изменение юридического положения" (sekundäre Rechte, Gestaltungsrechte)[1]). Создание общего понятия вспомогательных прав является сравнительно недавним приобретением юридической науки, [2]) которое оказалось весьма плодотворным при исследовании самых разнообразных институтов права. Seckel дает им следующее определение: „Das Private Gestaltungsrecht ist zu definieren, als das subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkre-

[1]) Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I s. 161; Seckel, Die Gestaltungsrechte des BGB. Festgabe der Jurist. Gesell. für Koch Berlin 1903 г.; Вормс, Вексельные бланки.

[2]) Историко-литературные указания см. в статье Seckel'я Сборник памяти Г. Ф. Шершеневича стр. 475.

ter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeshäft". [3]) Эта формулировка кажется нам юридически точной, чего нельзя сказать про дальнейшее развитие Seckel'ем понятия Gestaltungsrecht'a. С его точки зрения, не относятся к числу таковых те возможности, которые имеет всякий и каждый, напр.—делать офферты, распоряжаться своим имуществом на случай смерти, путем договора непосредственно наделять третье лицо обязательственным правом. „Denn, was jeder kann, говорит он, ist nicht konkrete Macht; jedes subjektive Recht ist ein Vor—Recht, ein mehreres gegenüber dem, was alle oder viele können; eine Macht, die dem anderen nicht zusteht. Das echt Gestaltungsrecht überträgt stets die Merkmale des konkreten Privatrechts an sich, und wird praktisch unbedenklich in vielen Richtungen wie jedes andere Privatrecht behandelt" [1]) Действительно, возможность сделать офферту не есть суб'ективное право. Действительно, к числу суб'ективных прав можно относить только такие правомочия, которые являются некоторым плюсом, но не по сравнению с тем, что может всякий и каждый, а по сравнению с тем, что является непосредственным проявлением общей правоспособности суб'екта, personae juris. Каждый может, в пределах закона, распоряжаться принадлежащими ему личными и имущественными правами, может совершать все юридические действия, дозволенные правопорядком. Некоторые из этих действий не являются проявлением правовой власти суб'екта в отношении правовой сферы другого лица или лиц. От того, что одно лицо может сделать офферту, правовая сфера другого не умаляется. Между тем, всякое суб'ективное право есть некоторая юридическая зависимость одного лица от другого. Поэтому, когда правовая сфера кого-нибудь связала возможностью совершения другим лицом волеиз'явления, мы можем сказать, что налицо суб'ективное право. Напр., должник может полностью или частью погасить свой долг зачетом своего встречного требования. Эта возможность со стороны должника связывает кредитора в определенном отношении. Поэтому мы можем говорить о *праве* зачета. Характерной особенностью прав на изменение юридического положения является то, что такому праву соответствует не обязанность пассивного суб'екта совершить какое-либо действие или от чего-либо воздержаться, а только *связанность* его, как в вышеприведенном примере с зачетом, как в случае права выбора в альтернативном обязательстве и т. п. По сравнению с юридическим эффектом таких прав как вещные, личные, обязательственные, действие прав на изменение юридического положения является менее интенсивным, что и является поводом к оспариванию за ними принадлежности к суб'ективным правам. [2]) Раз мы имеем пассивного суб'екта, или суб'ектов, которые связаны правомочиями активного, то мы имеем уже не проявление общей правоспособности, которая сама по себе никого не связывает, а конкретное суб'ективное право. Поэтому, нет препятствий к тому, чтобы конструировать право каждого обязать своим односторонним волеиз'явлением железную дорогу совершить перевозку как Gestaltungsrecht. Железная дорога „связана" возможностью таких волеиз'явлений, которые порождают юридическое отношение между нею и грузоотправителем и, следовательно, возлагаемые на нее перевозкой обязанности.

Резюмируя сказанное об юридической природе железнодорожной перевозки, мы приходим к следующему выводу: *правоотношение, согласно коему железная дорога обязана перевезти груз, основано на осущест-*

---

1) Seckel. Op cit., s. 210.
2) Seckel, Op cit, s 211.
3) См. Unger, System I s. 506, который считает, что такие правомочия суть только „ein Zustand, welcher in rechtlicher Beziehung von Bedeutung ist." См. также Kohler Lehrbuch, I, s. 154.

влении грузоотправителем принадлежащего ему права односторонним волеизъявлением создать это правоотношение. Означенное право принадлежит к числу „прав на изменение юридического положения“ (Gestaltungsrechte). Железная дорога „связана“ в отношении эвентуальных грузоотправителей“.

Эта конструкция может быть без затруднений распространена на целый ряд других правоотношений, в которые вступают предприятия, подчиненные режиму общественного предприятия. Сюда надо отнести и железнодорожную перевозку пассажиров, и снабжение населения муниципальными предприятиями—водой, газом, электрической энергией. Сюда же подпадает и почтовая пересылка. Отношения между почтой и отправителем мы, согласно одной из существующих теорий, считаем частно-правовыми. Но и обратная точка зрения, усматривающая здесь отношения публичного права, не будет служить препятствием для нашей конструкции. „Права на изменение юридического положения“ не являются категорией только частного права, в системе которого они разбросаны в большом количестве, а также и публичного, в составе которого они имеют не меньшее значение.

М. Агарков.

Земельное законодательство и государственная структура России.

Одной из сложнейших проблем, поставленных в процессе революции перед русской государственной властью, несомненно, является проблема аграрная. Аграрное движение, начавшееся в 1917 году, путем стихийного захвата и передела частновладельческих земель, до сих пор не введено еще в правовое русло.

Осуществить эту задачу ставит своей целью наше современное земельное законодательство.

Основным требованием, которому должно удовлетворять всякое земельное законодательство, независимо от общих принципов, положенных в его основу, является ясность и точность правовых взаимоотношений между гражданами, с одной стороны, и между гражданами и государственной властью, с другой. Мало было, поэтому, и у нас в России провозгласить принцип национализации земли, признать всю землю собственностью государства. Для введения земельных отношений в нормальное русло необходимо еще точно урегулировать положение нынешних обладателей земли, установить формы землепользования, отвечающие правосознанию народных масс.

Трудность этой задачи, чрезвычайно сложной для всякого государства, вступающего на путь коренной ломки земельных взаимоотношений, у нас в России усугубляется еще тем, что наше отечество представляет исключительную пестроту по своему национальному составу, культуре и хозяйственному укладу жизни.

В частности, положение затрудняется большим разнообразием национального состава нашего населения. Наша государственная территория представляет из себя комплекс земель, центральное ядро которых принадлежит великороссам, игравшим доминирующую роль в процессе нашего государственного строительства, а по краям расположены земли, заселенные другими национальностями, часто резко отличающимися по экономи-

ческому и культурному укладу своей жизни от основного великорусского ядра.

Насколько пестра национальная структура России, лучше всего говорят цифры.

По переписи 1897 года великороссы составляли 43% всего населения. Близко примыкали к ним украинцы (17,5%) и белоруссы (4,5%). В остальную массу нерусского населения входили более мелкие народности. При этом одни только поляки насчитывали 6% населения, остальные же многочисленные народности в большинстве своем давали, каждая в отдельности, ничтожный % общего числа подданных Империй. В настоящее время, в связи с уменьшением нашей территории, сократилась не только общая цифра населения, но и число отдельных национальностей.

В период с 1917 г. по 22 г. от России отпали Финляндия, Эстония, Латвия, Литва и Польша, которые образовали самостоятельные республики. Кроме того, Карская область аннексирована Турцией, а Бессарабия—Румынией.

Таким образом, если общая цифра населения бывшей Российской Империи, исчисляемая по переписи 1897 г. в 128 миллионов душ, к началу Великой европейской войны возросла до 167 миллионов, то теперь, с потерей части наших западных окраин и Карской области, она значительно понизилась. Перепись 1920 г. дает нам цифру лишь в 131.546.045 душ [1]). Эта потеря в населении не может быть, конечно, отнесена исключительно за счет отпавших окраин. Здесь сыграли свою роль и войны (Великая Европейская и гражданская) и эпидемии, разыгравшиеся на всей территории России. Но все же на отпавшие области падает значительная доля этой убыли населения. По исчислениям Центрального Статистического Управления в отошедших областях Россия потеряла 28.571 тыс. душ. Большинство отошедшего населения должно быть отнесено за счет инонационального по отношению к коренному русскому населению. Понесенные потери, конечно, увеличили в %% отношении состав русского и, в частности, великорусского населения, но все же наше отечество и сейчас сохранило еще многонациональный характер своей государственности. С этим неизменно и приходится считаться при разрешении вопроса о нашем государственном строительстве и проведении любой экономической реформы.

Характерным признаком нации, по справедливому замечанию О. Бауэра, является общность ее характера, накладывающего специфический отпечаток не только на политический и духовно-культурный облик народности, но и на весь экономический уклад ее жизни. Каждая национальность по своему апперцепирует общечеловеческие культурные достижения, по своему приспособляет свой быт, хозяйство и право к общему развитию общечеловеческой культуры. В частности, этот процесс мы наблюдаем и в области сельского хозяйства.

Разве община не представляла, в этом отношении, еще недавно характерной особенности земельного быта великороссов? И разве общинное землевладение не наложило свой специфический отпечаток на весь хозяйственный его облик?

Всякий русский политик, к какой бы политической группировке он ни примыкал, вынужден учитывать при разрешении аграрного вопроса многонациональность нашего государства. В процессе революции быв. Русская Империя из единого централизованного государства превратилась в сложное децентрализованное государственное образование, построенное по национальному признаку. Сообразно с этим создалась целая си-

---

1) Бюллетень Центрального Статистического Управления № 55, 1921 г.

стема законодательных, судебных и правительственных органов, в компетенцию которых входит, в той или другой мере, урегулирование земельных отношений в пределах подчиненных им территорий.

Ясно, поэтому, что определение их взаимоотношений и строгое разграничение их компетенции должно составить одну из задач нашего законодательства о земле.

Как разрешает этот вопрос конституционная практика других федеративных государств?

Рассмотрение конституционных актов большинства из них свидетельствует об отсутствии однообразия в решении этого вопроса.

Большинство конституций федеративных государств вопрос о земельном законодательстве просто обходит молчанием, включая издание земельных законов в общую рубрику гражданского законодательства. В виде исключения, в канадском „акте об Унии" [1]) мы встречаем статью, специально посвященную вопросу о земельном законодательстве. [2]) „Законодательный орган каждой провинции",—читаем мы в канадской конституции,—„может вырабатывать законы о земледелии и иммиграции в пределах данной провинции; настоящим актом об'является, что каждый парламент может, время от времени издавать законы о земледелии и иммиграции во всех провинциях или в одной из них в отдельности. Всякий закон, изданный законодательным органом провинции относительно земледелия и иммиграции, имеет силу лишь до тех пор и постольку, поскольку он не противоречит какому-либо акту Канадского парламента".

Таким образом, в канадской конституции мы находим прямое указание на возможность параллельного земельного законодательства, при чем, однако, в ней определенно оговаривается приоритет земельного законодательства Dominion над соответствующими актами, изданными законодательными палатами отдельных провинций.

Затрагивают вопрос о земельном законодательстве, далее, Аргентинская [3]) и Мексиканская [4]) конституции. „Конгресс, — читаем мы в § 16 первой из них,—заботится обо всем, что может способствовать процветанию страны, прогрессу и благосостоянию всех провинций... поощрению промышленности, иммиграции... заселению земель, образующих национальную собственность, насаждению новых отраслей промышленности, привлечению иностранных капиталов и исследованию внутренних вод страны: для этого он издает покровительственные законы и выдает срочные концессии, привиллегии и в виде поощрения награды" [5]).

К этому же вопросу Аргентинская конституция возвращается и в §, определяющем компетенцию законодательных органов отдельных провинций. „Провинции,—читаем в этом параграфе—могут поощрять на свои средства, путем издания покровительственных законов, иммиграцию и колонизацию земель, составляющих собственность провинции и т. д." [6]).

Мы видим из текста, что как в первом, так и во втором случае, творцев конституции интересовало не земельное законодательство страны во всем его об'еме, а лишь узкий вопрос о колонизации обширных пустующих земель, составляющих собственность государства. В цитированных пунктах нет определенного разграничения компетенций федеральных и провинциальных правительственных органов. На практике ряд важнейших законов этой области в Аргентине был издан в порядке федерального

---

[1]) Act for the Union of Conada, 29/III 1867 г.
[2]) ibid § 95.
[3]) Конституция Аргентинской нации 25/IX 1860 г.
[4]) Конституция 2 февраля 1857 года.
[5]) Цитированная конституция § 67a. 16.
[6]) ibid § 107.

законодательства. Стоит в этом отношении сослаться на закон об иммиграции, принятый федеральным Конгрессом в 1879 г., закон о порядке продажи национальных земель 1882 г., декрет об аренде 1884 г., закон о дарении 1884 г. и т. д. Все они прошли в порядке общегосударственного законодательства и имели общеобязательную силу для всех аргентинских провинций, которые с своей стороны детализировали их при помощи местных законов.

В Мексиканской конституции аналогичные вопросы о колонизации, отчуждении и занятии необрабатываемых земель и установлении их стоимости в силу § 72 отнесены к компетенции федерального парламента [1]). Руководствуясь этим пунктом, конгресс разрешил, между прочим, законом 1883 г. вопросы о размежевании и колонизации необрабатываемых земель.

Вопрос о земельном законодательстве затрагивается также в одной из самых молодых федеральных конституций — южно-африканской [2]). В ней вопросы земледелия отнесены, в силу § 85, к компетенции провинциальных органов государственной власти, и лишь, как исключение, распоряжение землями туземцев оставляется в руках федерального правительства.

Итак, мы видим, что наиболее молодые внеевропейские федерации не создали в этом отношении устойчивой конституционной практики.

Обращаясь к Северо-Американским Соединенным Штатам, мы должны, прежде всего, отметить то исключительное значение, какое имеет в великой заатлантической республике сельско-хозяйственная промышленность. Около 30% всего населения ее получает средства для существования от сельского хозяйства, и, в общем, сельско-хозяйственное производство в С. Ш. оценивается в среднем в 10-13 миллиардов долларов [3]). Более того, культурное завоевание „Запада“—степной части Соединенных Штатов, могло совершиться лишь благодаря постепенной земледельческой колонизации этого края. Федеральное правительство давно оценило огромное значение сельского хозяйства для экономической жизни страны и, в частности, его особую культуртрегерскую роль на „Западе“. И хотя федеральная конституция ни одним словом не упоминает о задачах федерального правительства в этой отрасли управления, Департамент Земледелия С. А. С. Ш. проявляет энергичную деятельность в деле поднятия сельскохозяйственной культуры на всей территории республики. „Вряд ли найдется в другой какой-либо стране учреждение,—справедливо отмечает Н. А. Бородин,—приложившее столько усилий к развитию сельского хозяйства и достигшее таких громадных результатов своей деятельности, как Министерство Земледелия С. А. Соединенных Штатов“ [4]).

Эта интесивная работа продолжается уже около четверти века и, в настоящее время, федеральный департамент земледелия из учреждения с очень скромным бюджетом и небольшим кадром сотрудников, вырос в громадную организацию с бюджетом в 17 миллионов долларов при $13^1/_2$ тысячах служащих. Через своих агентов-агрономов в каждом графстве департамент земледелия сумел непосредственно подойти к фермеру. Он оказывает также огромное влияние на постановку сельско-хозяйственного образования.

Для развития агрономического образования федеральный департамент земледелия получает ежегодно в свое распоряжение из федерального бюджета 480 тысяч долларов, которые и распределяются им между штатами, согласившимися признать контроль и общую руководящую роль агрономи-

---

[1]) § 72 ст. XXI и XXIV.
[2]) South Africa act. 9 Edw. VII. c. 9. 1909 г.
[3]) The statesman's Yearbovk 1917 г. ст. 459.
[4]) Н. А. Бородин и М. И. Волков „Сельско-Хозяйственная Америка во время войны“ ст. 10. Москва, 1918 г.

ческих организаций федерального правительства. Эта мера, значительно усилившая роль федерального департамента земледелия, получила особенное развитие во время войны в ряде законов конгресса (напр. закон 10 Августа 1917 г.).

Мы видим, следовательно, что в области аграрной культуры в С. А. С. Ш. наряду с мероприятиями, нормально принимаемыми отдельными штатами, замечается стремление проявить активность и со стороны органов федерального правительства, при чем мероприятия этого последнего проводятся обычно при одобрении и согласии отдельных штатов. Ту же картину мы наблюдаем и в области земельного законодательства. Мы можем сослаться, в этом отношении, хотя бы на законодательство в области охраны мелкой земельной собственности.

Вопрос о мерах по охранению мелкого земледелия, как основы хозяйственной жизни страны, давно уже озабочивает государственную власть в большинстве современных государств. В частности, совершенно независимо от европейского законодательства, разрешили этот вопрос у себя на родине С. А. С. Ш. путем признания недробимости семейных, заповедных участков (Homestead'ов). Институт Homestead'ов возник в 1839 году в штате Техас, как противовес неограниченной свободе собственности, введенной в С. Америке под влиянием идей великой французской революции. Новая система охраны мелкой земельной собственности дала столь благоприятные результаты, что в 1862 году Федеральный Конгресс резко порвал со старой системой свободного дробления земельной собственности и принял общий для всех штатов закон о „недробимости".

Этот федеральный закон содержал в себе ряд общих принципов и поставил, как бы правовые вехи, руководствуясь которыми законодательные собрания отдельных штатов создали целую серию местных законов, разрешавших вопрос о Homestead'ах сообразно с местными условиями каждого штата. Ту же картину дает и законодательство об ирригации и колонизации.

Итак в С. А. С. Ш. мы встречаемся, как и в Канаде, с конкурирующим законодательством федеральных и местных законодательных органов, при чем, как правило, земельное законодательство проводится через парламенты штатов, а конгресс, только в отдельных случаях, дает руководящие принципы, представляя детализацию их и приспособление к местным условиям отдельным государствам—членам Федерального Союза.

На европейском континенте вопрос о земельном законодательстве в федеративном государстве затрогивает новая германская конституция. Оставляя в общем нетронутым традиционный путь разрешение земельных вопросов в порядке местного законодательства, она факультативно представляет право законодательства по земельным делам и федеральному парламенту. „Поскольку ощущается потребность в издании единообразных предписаний,—читаем мы в ее 9-ой статье,—общегосударственная власть пользуется правом законодательства по вопросам:..... 4) земельного права, распределения земельных угодий, образования населенных пунктов и права на земельный надел, ограничений крупного землевладения, жилищного дела и распределения населения".....

Этим пунктом конституции, в известной мере, нарушается, конечно, порядок земельного законодательства, существовавший в прежней Германской Империи. Германская Империя возникла в 1871 году, в то время, когда земельное законодательство в отдельных государствах, вошедших в ее состав, было уже в достаточной мере развито. Прусское земельное законодательство, например, открывается эдиктом 9 Октября 1807 г., отменявшим с 1810 года крепостное право в пределах королевства. С тех пор, на протяжении всего XIX столетия, мы видим непрерывный рост земель-

ных законов в Пруссии. Они чрезвычайно богаты по своему содержанию. „Прусское аграрное законодательство,--замечает Шумахер [1]),--преследовало и частью в настоящее время преследует четыре задачи: 1) регулирование, 2) выкуп платежей и повинностей (натуральных), 3) раздача угодий и прав общего владения и, связанное с ним, разверстание черезполостности и 4) разверстания черезполостности без раздела общего владения". К этому списку надо добавить законодательство агрикультурного характера, водное и дорожное право и, наконец, организацию сети землеустроительных государственных органов.

Всех этих вопросов общеимперское законодательство не касалось вовсе, поскольку, конечно, прусские земельные законы не нарушали общегосударственного гражданского кодекса. По отдельным вопросам, затрогивающим интересы всей Германской Империи, мы встречали, впрочем, законодательные акты рейхстага. В числе законов этого рода можно указать на серию имперских законов по борьбе с эпизоотиями [2]), на санитарный закон (об убое скота [3]) и т. д.

Сказанное в отношении Пруссии, в равной мере, относится и к остальным государствам Германии. Мы видим, как в порядке местном, разработали вопросы земельного законодательства Бавария, Баден, Саксония, Шаумбург-Липпе, Мекленбург-Шверин и прочие государства—члены Германской Федерации.

В новой германской конституции, повторяем, замечается, в данном вопросе, некоторая тенденция в сторону централизации. На этот путь становится, цитированная выше, статья 9 Веймарской Конституции; с ней же мы встречаемся и в ст. 155, ставящей „распределение земли и пользование ею" под надзор государства.

Такова конституционная практика иностранных государств.

Прежде чем решить вопрос о том, насколько она применима у нас в России, посмотрим, можно ли, вообще, Россию причислить к типу федеративных государств.

Федерация, как известно, предполагает равенство тех государственно-правовых оборудований, которые входят в ее состав.—Это равноправие отдельных штатов выражается в равенстве прав, как в сохраняемой за ними области местного автономного законодательства, так и в соучастии в организации центральных органов власти.

Обычно при этом известный круг вопросов передается конституцией в ведение федерального правительства, а остальные функции государственной власти осуществляются вполне самостоятельно отдельными членами федерации.

Имеем ли мы что либо подобное в России?

Ни ныне действующая Советская конституция, ни какой-либо другой закон не дадут нам на этот вопрос положительного ответа.

Россия вовсе не делится, вся целиком, на ряд самоуправляющихся штатов. В период Октябрьской революции отдельные области получили, правда, право на политическое самоуправление. Но, во-первых, это самоуправление дано только некоторым областям, в то время как основное ядро республики, не получив своей особой областной организации, осталось в непосредственном подчинении общегосударственной власти, а во-вторых, права самоуправляющихся областей настолько различны, что говорить даже о каком-либо приблизительном их равенстве абсолютно невозможно.

---

[1]) Проф. Шумахер „Landwirtschaftsrecht".

[1]) Например Союзный закон 7 Апреля 1869 г. и имперский закон 23 Июня 1880 г. развитый и дополненный законом 1 Мая 1894 года.

[2]) Имперский закон 3 Июня 1900 года.

В Советской России есть автономные области, пользующиеся, в зависимости от целого ряда условий, экономического, культурного и политического характера, различной степенью самоуправления, но нет федеративного строя в том смысле, как это понимает современная наука государственного права [1]). Но если так, то и в интересующем нас вопросе о земельном законодательстве мы должны искать указаний в конституционной практике не федеративных, а децентрализованных государств, в состав которых входят области, пользующиеся, в известных пределах, местной автономией.

Классическим примером такого государства была, до своего распадения, старая Австрия.

Австрийская Империя разделялась на 17 коренных земель, пользовавшихся, согласно земским уставам 1861 года, широкой местной автономией. Их ландтагам было предоставлено право издания законов по целому ряду вопросов, затрагивающих местные земские интересы. Позднее Основными Законами 21 декабря 1867 г. законодательные функции были распределены между рейхсратом и местными законодательными органами более точно. Предметы ведомства общегосударственного парламента были исчислены в ст. II этих законов.

Со своей стороны земские уставы, которые сохранили свою силу и после 1867 г., перечисляли вопросы, входящие в законодательную компетенцию ландтагов. Естественно, что их изменение, как и изменения перечня ст. II, могло быть производимо лишь в порядке конституционного законодательства. Но на ряду с этим, целый ряд вопросов не был отнесен конституционными законами ни к компетенции ландтагов, ни к компетенции рейхсрата. В этом случае, по указанию ст. 12 Основных Законов, действовало правило, согласно которому все вопросы, не отнесенные к компетенции общегосударственного парламента, подлежали разрешению в порядке местного, земского законодательства.

Таким образом, в Австрии существовала довольно сложная система законодательства, при которой отдельные области государственной жизни регламентировались частью в порядке местных, частью общегосударственных законов.

В частности, такового рода порядок применялся и в области земельного законодательства. Земские Уставы относили к компетенции ландтагов все вопросы, „касающиеся культуры страны“ [2]). „Под понятием культуры страны,—говорить коментатор австрийской конституции Ульбрих,—понимается областное, земское хозяйство в самом широком смысле этого слова; в область местного культурно-хозяйственного законодательства входят, поэтому, законы по охране полей, охоте, рыболовства, использовании речных вод, устройству водяных запруд, борьбе с вредителями, организации местного хозяйства и прочие разнообразные законы сельско-хозяйственного характера“ [3]).

Наряду с земским областным законодательством в указанной области существовало и общеимперское законодательство. Рейхсрат регламентировал вопросы сельско-хозяйственной жизни постольку, поскольку эти последние затрагивали его компетенцию, в частности—область граждан-

---

[1]) Не лишен интереса тот факт, что и коментатор Советской конституции М. А. Рейснер резко отличает русскую федерацию от современных федераций европейского и американского типа. См. М. А. Рейснер Основы Советской Конституции стр. 179, Более подробный анализ нашего государственного строя см. в нашей статье „Государственная структуры Р. С. Ф. С. Р.“ журн. „Право и Жизнь“ № 1-й—1922 г.

[2]) См. напр. § 18 п. I, Земск. Устава королевства Богемии 26 февраля 1861 года

[3]) Ulbrich Das Oesterreichische Staatsrecht стр. 187, Tübingen 1904.

ских правоотношений, уголовного права, организации полиции и имперской администрации.

Отдельные коронные земли, благодаря различным условиям своей исторической жизни и национальному составу населения, представляли в старой Австрии настолько большое разнообразие областных нюансов, что не считаться с ним не могло, конечно, имперское законодательство. В связи с этим в австрийской законодательной практике выработался порядок, согласно которому рейхсрат в вопросах, отнесенных конституцией в сферу его компетенции, часто устанавливал лишь общие нормы, указывал лишь общий путь реформы, представляя ее детальное осуществление местным ландтагам. Этот порядок применялся и в области земельного законодательства. Характерным примером подобного рода законов является имперский закон 1889 года о преимущественном наследовании, лишь в общих чертах формулировавший изменения старого порядка свободного наследования крестьянских земель и в последствии детально развитый, в соответствующих законодательных актах богемского (1908 г.), Каринтского (1903 г.) и Тирольского (1900 г.) ландтагов.

Обращаясь к России мы должны признать, что применение австрийской системы распределения законодательной компетенции между государственными и местными органами у нас могло бы быть признано весьма целесообразным.

В противоположность официально признанному в настоящее время взгляду, мы пришли выше к выводу, что наше отечество представляет собою не федеративное, а сложное унитарное государство, с целой сетью отдельных автономных областей, отличающихся друг от друга комплексом, предоставленных им прав.

Разница между автономией и федерацией заключается не в об'еме прав, которые отходят в сферу компетенции автономной области или члена федеративного союза, а в динамико-организационном моменте, в признании, что при автономии государство выделяет той или иной области определенный комплекс законодательных, административных и др. полномочий под условием контроля со стороны центральной власти над их осуществлением, в то время как в федерации государства—члены союза пользуются, в этом случае, полной свободой. Как бы широки ни были права автономной области и обратно, как бы ни сузилась компетенция члена федерации в федеральном государстве, отмеченное различие остается неизменным. В этом случае нет принципиального различия между разобранным нами австрийским и хотя бы великобританским типом автономии. В § 17 Положения об областном устройстве Галиции определенно указывалось, что „для каждого областного закона необходимо согласие сейма и *утверждение* императора". То же, по существу, видим мы в любой из самоуправляющихся колоний Великобритании, при чем личная санкция законов заменяется там утверждением их генерал-губернатором, являющимся представителем общеимперской власти. Ему же предоставляется и право резервации.

Таким образом, путем осуществления функций надзора и назначения высших должностях лиц, центральная власть во всякой области, пользующейся автономией, может контролировать и направлять деятельность местных правительственных органов по общегосударственному руслу, нигде, в то же время, не стесняя их в разрешении текущих вопросов местной, повседневной жизни.

В австрийской практике сфера полномочий, сохраненных за общегосударственными органами власти, шире, чем в самоуправляющихся колониях Великобритании, и вопросы о частно-правовых взаимоотношениях граждан, как правило, в Австрии разрешались в общеимперском порядке.

Этот же порядок, сообразуясь с историческими традициями, прочно привившимися правосознанию русского народа, было бы целесообразно сохранить у нас в России в области земельного законодательства. Предоставляя автономным областям, в сфере так наз. с.-хозяйственной культуры, широкую автономию, вопросы земельного законодательства, затрагивающие частно и публично—правовые взаимоотношения, в целях единства земельной политики и права, наиболее рационально было бы сосредоточить в руках центральных законодательных органов. Такой порядок не лишал бы отдельные областные образования возможности, со своей стороны, оказывать влияние на землеустроительную политику государства. В этом отношении австрийская конституционная практика опять-таки указывает нам путь к правовому соглашению местных интересов с интересами государства в его целом.

Следуя этому пути, можно признать рациональным, чтобы земельные законы, принятые общегосударственными законодательными органами, в порядке своего осуществления детализировались соответствующими областными органами, применительно к местным экономическим и национальным условиям, но при том, конечно, непременным условии, чтобы создаваемые местными органами нормы не нарушали стройности и единства всей системы общегосударственного земельного законодательства.

Б. Д. Плетнев.

Основные тенденции новейших западно-европейских конституций.

I.

Мы переживаем время, когда борятся, переплетаясь друг с другом социалистические и либералистические начала. Теперь в государственно-правовой жизни ведется тот спор, который до сих пор можно было встречать только в юридической литературе: насколько интересы четвертого сословия—пролетариата противоречат началам, выдвинутым во время Великой Французской Революции третьим сословием—буржуазией. Как известно, одни государствоведы, например, проф. Б. А. Кистяковский, полагали, что принципы правового государства могут быть положены в основу тех социальных реформ, которые требуются трудящимися. [1]) Напротив, И. А. Покровский доказывал, что социалистические идеи в корне противоположны началу правового государства, что они гораздо ближе принципам полицейского абсолютизма, чем современного конституционного строя. [2])

---

[1]) Проф. Б. А. Кистяковский, Социальные Науки и право. М. стр. 579.

[2]) Проф. И. А. Покровский, Основные проблемы гражданского права. М. 1916 стр. 76. Эту точку зрения знаменитого нашего цивилиста теперь защищает один из новейших теоретиков социализма S. Schumpeter. В статье «Die socialistische Möglichkeiten von heute“ Arch. f. soc. 48 III (1921 s. 327—328) он пишет: «Беспрекословное подчинение масс воле руководителя процесса труда в социализме нужнее, а демократическая фразеология вреднее, чем где бы то ни было. Отказ от демократии никому не может быть поставлен в вину. Он является, наоборот, с малым и освободительным действием. Он освободил нас от лжи, очистил воздух, облегчил будущее дискуссии. При этом Шумпетер ссылается на Ленина. «Очередные задачи социализма». Ту же мысль защищает и Зембарт в последнем издании своего Socialismus und sociall Bewegung s. 191.

И вот теперь мы можем наблюдать, насколько „старые“ идеи народного суверенитета, принципы парламентаризма и социальной солидарности могут быть согласованы с принципами, выдвинутыми „новым классом“. О началах, заложенных в основание правового государства, в последне время спорили очень много. В современной юридической литературе мы все чаще и чаще встречаемся с указанием на то, что государственно-правовая жизнь и наука государственного права вообще переживают кризис, что самые, казалось бы, основные начала новейшего правового строя во многих отношениях должны быть пересмотрены. Вспомним хотя бы „Кризис современного правосознания“ проф. П. И. Новгородцева, „Кризис науки государственного права“ проф. Н. М. Тоцкого, не говоря уже о французской работе Острогорского, или брошюре Ратенау „Новое государство“, где подчеркивается настоятельная необходимость оценить главнейшие предпосылки современного конституционного строя. Ни принцип народного суверенитета, ни начало разделения властей, ни парламентаризм в классическом смысле этого слова теперь рядом исследователей отнюдь не считаются бесспорными началами государственно-правовой жизни. Против каждого из них возражают с самых различных точек зрения. Начало народного верховенства оспаривается одними, как противоречащее идее классового расслоения общества, другими, как несогласуемое с фактом разделения государства на ряд „ведомственных государств“, третьими, как противоречащее неотъемлемым правам личности. Первый взгляд защищают как представители интересов буржуазии, так и вожди пролетариата. Еще Б. Констан говорил, что не весь народ, а только определенные классы его могут и должны управлять государством. „Когда власть попадает в руки не собственников, то происходит одно из трех: или создается диктатура партии, или тирания отдельных лиц, или анархия. Абсолютизм одинаково уживается и с аристократией, и с низами. Гибелен для него только средний класс“. Наоборот, вожди пролетариата доказывают, что лишь этот последний может осуществить истинную свободу и что, стало быть, народовластие необходимо заменить трудовластием.

Второе из отмеченных выше возражений развивает Ратенау в „Новом государстве“, говоря, что мы имеем в каждой державе не одно, а ряд государств, находящихся друг с другом в междувластных отношениях.

Третье возражение обосновывает Краббе в своей известной книге „Die Lehre von d. *Rechtssuver.*“ и доказывает, что высшим источником права нужно считать не волю народа, которая может быть и нецелесообразной и несправедливой, а принцип правомерности как таковой. Сторонники этого мнения указывают, что еще Монтескье понимал отрицательные стороны народного верховенства. „Народ—говорил автор „Духа законов“—или слишком, или недостаточно деятелен. Он или миллионами рук все опрокидывает, или миллионами ног топчется на одном и том же месте“. Принцип народного суверенитета, говорит Краббе, противоречит принципу неотъемлемых прав личности. Поэтому его необходимо отвергнуть. Начало парламентаризма также, как известно, теперь оспаривается многими. Против него выдвигают и то, что последний приводит, в сущности, не к руководству исполнительной власти со стороны власти законодательной, а, наоборот, подчиняет парламент кабинету министров, и то, что новейшая практика создания коалиционного правительства показывает необходимость отказаться от начала парламентаризма. Наконец, указывают на то, что последний предполагает устойчивость партийных группировок, чего в наше бурное время далеко не всегда можно ожидать. Противники парламентаризма говорят, что он создает „чехарду“ глав ведомств.

Первый довод особенно выдвигает Острогорский. Он обращает внимание на то, что министрами обыкновенно являются лидеры главенствую-

щих партий. Члены партий, составляющих большинство в парламенте, обязаны в силу партийной дисциплины следовать директивам своих вождей. Поэтому они принуждены проводить законы, угодные министрам.

Далее указывается, что народные представительства часто принимают не желательные с точки зрения большинства парламента законопроекты из опасения создавать министерский кризис. При отсутствии политической ответственности министров такое явление не могло бы иметь места. Законодательство всегда, в сущности, сосредоточивается в руках исполнительной власти, так как подготовка законопроектов является технически неосуществимой для рядовых членов парламента. Для выработки законов необходимо хорошо налаженный ученый аппарат. Это особенно подчеркивает Ратенау. Министерства, говорят теперь многие, превратились в директории. В настоящее время все чаще и чаще приходится слышать, что основные демократические принципы отвергаются самою жизнью. Конфликт XIX и XX веков,—это конфликт демократии и эпохи экономической концентрации. „В силу крайней напряженности международных и внутригосударственных отношений власть должна сосредоточиться в руках немногих. Управление страной есть дело, требующее большой специализации, и оно переходит в руки профессионалов-бюрократов. „Будущее принадлежит бюрократии"—пишет, напр., Max Weber в известной своей книге „Parlament und Regierung im neu geordneten Deutschland". Некоторые исследователи, как например, С. и Б. Вебб, Михельс и др., говорят о „железном законе олигархии", согласно которому власть должна в конечном счете попасть исключительно в руки немногих правителей. Даже наиболее, казалось бы, демократические рабочие организации не могут избежать этого. В известной своей „Теории и практике тред-юнионизма" супруги Вебб показали, что избранные профсоюзными массами „парламенты" выделяют твердое ядро „тесно сплоченной и фактически непреодолимой бюрократии, специалистов чиновников". Но особенно подчеркивает движение современной жизни в сторону олигархизма Роберт Михельс в известной своей zur Soziologie des Parteiwissens in der modernen Demokratie (Leipzig 1911). Он доказывает, что в партийных организациях, играющих столь выдающуюся роль в современной государственной жизни, все сосредоточивается в руках немногих или даже одного лица, которое может сказать La partie s'est moi. Упрочившись на своих местах, вожди всеми средствами стремятся удержать власть за собою и своими близкими. Этот непотизм-говорит Михельс—приобретает столь откровенную форму, что „любитель парадоксов мог бы поддаться искушению расценивать этот процесс, как первый симптом постепенного перехода от системы плебисцитарного бонапартизма к системе наследственной монархии" (стр. 100-101). Управляют спецы—политиканы, составляющие особую олигархию. И они многими идеализируются. Так, например, Max Weber в Wirtschaft und Gesellschaft. 1 T. B. Grundriss der Sozialökonomik III Abt. Tübingen 1921 s. 121 пишет: можно выбирать только между „бюрократизмом" и „диллетантизмом управления". Старая платоновская и контовская идея власти спецов противопоставляется теперь идеям демократии XIX века. Этим пытаются опровергнуть основные начала правового государства. Далее, не менее решительно, но уже с другой точки зрения оспаривается и принцип социальной солидарности. Его отвергают, как начало противоречащее классовой борьбе, неизбежной в капиталистическом обществе.

Против всех этих возражений выдвигаются, в свою очередь, серьезные доводы. Идея народовластия защищается, как принцип, об'единяющий граждан в нечто целое. Все его извращения об'ясняются напряженностью переживаемого момента. С этим принципом тесно связан и принцип социальной солидарности. Самая классовая борьба возможна, как борьба в

какой то единой среде. Таковой и является народ в целом. Далее, указывается на то, что принцип народного суверенитета тесно связан со столь актуальной в настоящее время идеей, как национальная.

Принцип парламентаризма защищается в виду того, что он дает возможность в одно и то же время создать и сильную и политически ответственную перед страною власть. Министерская чехарда бывает и при дуализме. Вспомним хотя бы известные слова Кривошеина, сказанные им в ответ на предложение принять министерский портфель: „Я на поденную работу не хожу".

Вот все эти доводы за и против основных идей новейшего конституционного права заставляют с особенным интересом рассмотреть новейшие конституции. Насколько важнейшие начала конституционного государства изменились под влиянием указанных дискуссий, насколько принципы новейшего правового государства оказываются жизненными?

II.

В основу всех новейших западноевропейских конституций положен принцип народного суверенитета: „Германский народ, единый, не взирая на племенные различия, установил для себя эту конституцию, будучи воодушевлен желанием обновить и упрочить свое государство в духе свободы и справедливости, послужить на пользу миру внутреннему и внешнему и содействовать общественному прогрессу", гласит декларация, которой начинается принятая 31 июля 1919 г. национальным собранием в Веймаре конституция. „Государственная власть исходит от народа", гласит ее 1-я статья. То же мы видим и в Чехо-Словацкой Конституции. „Мы, Чехо-Словацкий народ, ставя себе целью утвердить полное единство нации, ввести справедливые законы в Республике, гарантировать мирное развитие нашего Чехо-Словацкого отечества, способствовать общему благополучию всех граждан государства и обеспечить будущим поколениям благодеяния свободы, утвердили в нашем национальном собрании 29 февраля 1920 г. для Чехо-Словацкой республики конституцию, текст коей следует".

Таким образом, мы видим, что, несмотря на всю критику теории народного суверенитета, эта последняя вновь положена в основу современных конституций. Но отсюда нельзя сделать вывод, будто основание власти в новейшее время делается с той же точки зрения, как это было и во время Великой Французской Революции. Нет, если тогда идея народного суверенитета выводилась из договорной теории права и государства, из атомистического понимания общества то теперь она дается в виду господства национальной идеи. Народный суверенитет выводится из взгляда на нацию, как на органическое единство. Идея, взятая от французской революции, обосновывается с точки зрения, развитой после окончания таковой. Из четырех начал, в одно и то же время разделяющих и об'единяющих людей, религиозного, классового, национального и сословного, в настоящее время особенное влияние имеют, несомненно, национальное и классовое. Национальная идея официально положена в основу так назыв. „Лиги наций". Под влиянием этой идеи в настоящее время совершается, как подчеркивает в своей „Системе социологии" П. А. Сорокин, распад многоплеменных государств (Россия и Австро-Венгрия) и об'единение территорий, принадлежавших разным державам (наприм. Польши). Ради этой идеи провозглашается принцип государственной централизации, ярко выраженный в ст.ст. 6—13 Германской конституции. Автор этой послелней проф. Гуго Прейс в своем „Entwurf der künftigen Reichsverfassung" доказывает, что монархическая форма правления препятствовала германскому народу сплотиться,

так как различные короли и князья из династических соображений проводили сепаратическую политику. Эта концентрация власти в общегосударственных органах является дальнейшим проявлением той тенденции, которая в XIX в. наблюдалась в государственно-правовой жизни вообще (вспомним превращение С. А. С. Ш., Швейцарии и Германии во все более и более централизованные государства таможенный союз, союзное государство, государство унитарное с широкой автономией). Этот процесс соответствует вполне тому напряжению, как внутри государственного, так и международного положения, в котором в настоящее время находится Европа. Области, на которые распадается Германия, в сущности, не являются членами федерации, так как согласно ст. 18 конституции «территориальные изменения в пределах имеющихся областей и создание новых областей в пределах Германии совершаются посредством общегосударственного закона, изменяющего конституцию". Таким образом носителем суверенитета в Германии является только весь народ, как таковой [1]). Отдельные области им, в сущности, не обладают. Тот же принцип национально — государственного единства положен в основу Чехо-Словацкой конституции.

Но и вся нация, как таковая, и не является вполне суверенной. Государственное верховенство ограничено международным правом, которому придается не координационный, а субординационный характер. Во введении в Чехо-Словацкую конституцию прямо сказано, что она выработана в полном соответствии с теми принципами, которые положены в основание Лиги наций. А согласно 4-й ст. Германской конституции „Общепризнанные нормы международного права считаются обязательными составными элементами германского общегосударственного права". Как мы имели случай показать в статье „Две основных линии мысли в конструкциях международного права", в истории международных отношений борются между собою две теории—координационная и субординационная. И вот подобно тому, как после эпохи крайнего выявления междугосударственной розни (эпохи Наполеона) делаются попытки создания надгосударственного авторитета в лице так назыв. Священного союза, так же точно и в настоящее время, после крайнего напряжения центробежных сил в международной жизни во время мировой войны, делаются попытки создания надгосударственной власти в лице Лиги наций. Эта последняя, подобно Священному союзу, провозгласила принципы политического равновесия и легитимизма и считает себя в праве вмешиваться во внутренние дела различных государств. По содержанию эти принципы иные, чем были сто лет тому назад. Но формально они также являются принципами законного управления, что выражено не только в уставе „Лиги Наций", но и в конституциях, особенно Чехо-Словацкой и польской (созданных после войны). В германской конституции ссылки на устав „Лиги Наций» нет, так как Германия не принята в число членов этой последней, но принципы „мира внутреннего и внешнего" и обязательности выполнения норм международного права провозглашены. Итак, в основе новейших западноевропейских конституций лежит принцип народного, точнее, национального суверенитета, ограниченного международным правом.

Но кто же является органом верховной власти? В этом отношении мы наблюдаем крайне любопытную эволюцию новейших государственно-правовых форм в сторону слияния функций верховной власти с функциями власти исполнительной.

---

[1]) Правда, как подчеркивает проф. Н. А. Палиенко, области могут сами в известных пределах менять свои конституции, но на этом основании их нельзя признать государствами, как это делает только что названный известный наш государствовед. Общереспубликанская власть может каждое из них разделить и даже совершенно их уничтожить. (См. „Наука на Украине" № 3 стр. 172, „Новейшая эволюция государственно-правовых форм").

Особенно резко это проявилось в Пруссии, где совсем нет президента, обязанности которого исполняет Председатель Совета министров. По об'яснениям Прейса, сделанным в его „Entwurf der künftigen Reichsverfassung", это установлено в виду того, что неудобно, чтобы в Берлине было два президента - общегерманский и прусский. Но и обще-германский президент является, в сущности, старшим председателем совета министров. Так, несмотря на громадность полномочий президента, согласно 43 ст. Германской конституции: „До истечения срока президент может быть смещен посредством народного голосования по предложению рейхстага. Для постановления рейхстага требуется большинство двух третей голосов", а согласно ст. 51 этой же конституции: „В случае возникновения препятствий к выполнению президентом своих обязанностей, его замещает канцлер". Но в Германии президенг избирается общенародным голосованием, как в С.А.С.Ш. Согласно ст. 42 польской конституции 17 марта 1921 г., Сейм квалифицированным большинством голосов может лишить президента сана, в случае невыполнения им в течение трех месяцев своих обязанностей. Но он не ответственен политически перед парламентом. В этом отношении его роль аналогична роли французского президента. Тоже можно сказать и о президенте Чехо-Словацкой республики. Он выбирается палатами, но не несет никакой ответственности за свою деятельность, исключая лишь случаи измены (ст. 66—67). Но эти постановления о политической безответственности главы государства по Чехо-Словацкой конституции компенсируются политической ответственностью министров, в руки которых фактически переходит вся власть.

В юридической литературе уже давно отмечено, что или глава совета министерства становится фактическим президентом государства (например, в „коронованной республике" Англии), или президент становится, так сказать, старшим премьером (в Германии). Согласно же ст. 7 Чехо-Словацкой конституции всякое сомнение в вопросе о компетенции министров, в сущности, должно толковаться в пользу этих последних; здесь в иных формах, но опять-таки подчеркивается увеличение значения исполнительной власти.

III.

Переходя теперь от описания основных тенденций организации верховной власти к организации власти законодательной, мы должны прежде всего отметить, что в новейших конституциях Германии, Пруссии и Чехо-Словакии условлена двухпалатная система. Принцип двухпалатной организации законодательных учреждений, как известно, встречает в новейшей государственно-правовой литературе серьезные возражения. Так, например, В. М. Гессен в известной своей работе „Конституционное право" доказывал, что одно из двух: или верхняя палата не имеет существенных прав и тогда она не нужна, или она таковые имеет и тогда она, с демократической точки зрения, неприемлема. Сторонники существования верхних палат, наоборот, доказывали, что только в самых незначительных государствах мы имеем однопалатную систему народного представительства, что верхняя палата необходима в федеративном государстве для того, чтобы представлять штаты, и что не всегда верхняя палата есть учреждение бюрократическое или аристократическое. Верхняя палата в Германии и Пруссии является представительством областей, а нижняя представительством населения, как такового (ст. 60).

Верхняя палата в Германии напоминает своей организацией организацию верхней палаты С.А.С.Ш. Наоборот, верхняя палата Чехо-Словацкой республики организована в общем на тех же началах, как нижняя. (§ 41,

43 и 44). Она до некоторой степени напоминает верхнюю палату Норвегии. Характерной особенностью Чехо-Словацкой конституции является то, что, согласно § 43, ее законопроект, принятый одной палатой, считается принятым и второй, если эта последняя против него не возражает. Таким образом, устраняется возможность залежей законов. Палаты могут издавать таковые, что называется, в две руки. Депутаты по новейшим конституциям рассматриваются не как представители пославших их мест, а как представители всего народа.

Важной особенностью новейших конституций является прямое юридическое санкционирование парламентного режима. Как известно, до последнего времени только Австралийская конституция установила принцип парламентаризма, да и то косвенно (ст. 64). В рассматриваемых же нами Германской (ст. 54), Чехо-Словацкой (ст. 78) и Польской (ст. 58) конституциях парламентаризм получает формальное, строго юридическое выражение. Но принцип парламентаризма, как это показал С. А. Котляревский, имеет в себе много иррационалистического и не может быть точно формулирован. Поэтому определения его в новейших конституциях (сводящиеся к тому, что министерство должно уйти в отставку в случае выраженного ему недоверия парламента, или в случае отказа ему в выражении доверия) не охватывают понятия парламентаризма во всей его многогранности. Важно, однако, отметить, что, несмотря на все вышеупомянутые возражения, этот принцип не только не изжит, как теперь многие склонны утверждать, но даже получил юридическую санкцию. Даже больше, он по Германской конституции распространен и на президента, как мы это видим выше. Кроме законодательства через представителей, новейшие конституции допускают и непосредственное участие народа во власти в формах референдума. В случае конфликта народного представительства с президентом республики, в случае внесения рейхстагом каких-либо изменений в законопроект, исходящий от народной инициативы, в случаях желания $^1/_3$ депутатов рейхстага, поддержанного $^1/_{20}$ граждан, имеющих право голоса, и, в случае требования депутатов рейхстага, вопросы согласно 73 ст. Германской конституции передаются на всенародное голосование. По Чехо-Словацкой конституции „плебисцит" допускается лишь в случае единогласного постановления правительства о передаче на народное голосование его законопроектов, отклоненных национальным собранием. Характерно, что в отношении важнейших законопроектов, а именно, касающихся изменения или пополнения конституции, референдум не допускается (ст. 46). Гуго Прейс не счел возможным в Германии допустить народную инициативу для изменения основных законов. Здесь, очевидно, приняты во внимание доводы против референдума, сводящиеся к тому, что при нем каждый из голосующих может или соглашаться на принятие законопроекта, или не соглашаться на это, но не может вносить поправок, и то, что в референдуме обычно принимает участие очень незначительный процент граждан, и что опасно часто поднимать вопросы об изменении формы правления. Выборы в новейших конституциях прямые, равные, тайные. Представительство пропорциональное.

Принципом пропорционального представительства очень увлекались в последнее время. Благодаря ему считали возможным достигнуть идеала Мирабо, чтобы палаты депутатов были как бы географической картой страны, чтобы в них все течения общественной жизни отражались также соответственно своей величине, как все реки и озера на карте. Но в новейшее время против пропорционального представительства решительно возражали. Так, например, Н. М. Гессен говорил, что оно делает выборы из прямых косвенными. (Сперва партии выбирают кандидатов и составляют список, а затем этот список избранных партией уже голосуется населением).

Далее указывалось, что при пропорциональном представительстве не устанавливается связь между избирателями и депутатами, так как население посылает не влиятельных местных людей, а политиков, играющих роль где-то далеко в партийных комитетах. Несмотря, однако, на все возражения принцип пропорционального представительства принят в новейших конституциях.

Любопытно среди постановлений этих последних решение вопроса о чрезвычайно-указном праве. До сих пор данный вопрос очень остро стоял в государствоведении. Сторонники чрезвычайно-указного права доказывали, что в случае необходимости спешного проведения каких-либо мер, не основанных на законе, и при отсутствии заседающего парламента совет министров может издавать обязательные постановления, изменяющие и дополняющие законы. В противовес этому, противники данной точки зрения доказывают, что чрезвычайно-указное право может вести к крупным злоупотреблениям, и что в наше время легко быстро созвать парламент. В подтверждение ссылаются на Англию, где нет чрезвычайно-указного права и где министры могут в случае крайней необходимости отступать от велений закона, рассчитывая, что суд, который будет их судить за правонарушение, их оправдает, приняв во внимание эту необходимость.

И вот в Германской и Чехо-Словацкой конституциях мы видим новый и чрезвычайно остроумный выход: выбираются особые парламентские комитеты, функционирующие даже в случае роспуска палат. Эти комитеты и заменяют народное представительство, которым они и выбираются. В Чехо-Словакии выборы членов комитета и парламента производятся по пропорциональной системе по спискам. После созыва палат указы, утвержденные комитетом, сохраняют силу лишь в случае их принятия народными представителями. Но наиболее своеобразным нововведением в рассматриваемых конституциях является 5-й раздел современных германских основных законов. Ст. 151-я его формально провозглашает принцип права на достойное существование, о котором у нас в России писали И. А. Покровский и П. Н. Новгородцев. Этим существенно дополняется декларация прав XVIII в. Далее об'ясняется, что „собственность обеспечивается конституцией". Но на собственность конституция смотрит не только как на право, а и как на обязанность. Собственность, выражаясь языком Дюги, является социальной функцией.—„Собственность обязывает, и потому пользование ею должно быть в то же время служением общему благу"—гласит конституция. В этом постановлении проявилась одна из существеннейших тенденций правовой жизни нового времени. Если характерной особенностью средневековья являлось то, что публичное право выводилось из частного (тот, кто был собственником на землю, получал права суда и управления над населением, на этой земле живущим), то теперь происходит обратное. Частное право все более и более проникается и ограничивается публично-правовыми началами. Это особенно видно на новейшей германской конституции.

Устанавливая свободу не противных добрым нравам договоров, свободу торговли и промысла, конституция ставит пользование и распределение земли под наблюдение государства. Это делается, „чтобы предупредить злоупотребления и поставить целью обеспечение каждому германскому гражданину здорового жилища и всем германским семьям, в особенности многодетным, обезпечить очаг и место для работы, соответствующее их потребностям". Обработка земли считается в конституции обязанностью земледельца по отношению к обществу.

Общегосударственная власть имеет по конституции право обобществления за справедливое вознаграждение естественных богатств и хозяйственных предприятий. В случае крайней необходимости она может об'единять

хозяйственные предприятия и общества в законодательном порядке с целью обеспечить сотрудничество всех производительных слоев населения. Далее в конституции устанавливается, что „рабочая сила пользуется специальным покровительством общегосударственной власти... Государство организует страхование на широких началах и будет отстаивать международное урегулирование правового положения рабочих, „чтобы" для трудящегося класса всего человечества был установлен общий минимум специальных прав (ст. 161 и 162). Рабочие и служащие признаются имеющими право на равных основаниях, совместно с предпринимателями, участвовать в установлении условий заработка и труда, а также и в общем экономическом развитии производительных сил (ст. 165). Германская конституция формально устанавливает начала так назыв. государственного социализма. Для защиты профессиональных интересов она вводит представительство от профсоюзов в общегосударственные органы. Создаются Рабочие Советы для отдельных хозяйственных областей и общегосударственный Рабочий Совет. Совместно с представительными организациями предпринимателей они образуют окружные и общегосударственный хозяйственные советы. Все законопроекты социально-политического и хозяйственно-политического характера должны быть, до внесения их в Рейхстаг, представляемы на заключение общегосударственного Хозяйственного Совета, который и сам имеет право предлагать правительству и вносить в Рейхстаг законопроекты такого рода. Общегосударственный Хозяйственный Совет может защищать в Рейхстаге проект через посредство одного из своих членов (ст. 165). В мотивах к этой статье указывается, что рабочему хочется „вырваться из атмосферы наемного труда и сделаться активным участником производственного процесса, которым до сих пор односторонне руководил предприниматель". Ряд исследователей этого вопроса, как например, E. H. Vogel в своей, Die Sozialisierungsgesetzgebung Deutschösterreichs und ihre volkswirtschaftliche Bedeutung (Arch. für Sozialwis. und Sozialpolitik, 1920 S. 94), и особенно Спектатор в „Проблеме социализации в Германии" (пер. с немецкого М. 1921 г. стр. 44) доказывают, что права советов очень незначительны, так как членами их могут быть только германские подданные не моложе 24 лет, с 5 месячным стажем в предприятии и 3-х летней принадлежностью к производству или профессии, и так как предприниматель может не давать советам сведений, нарушающих коммерческую тайну. Как бы то ни было, советы являются важным и чрезвычайно интересным нововведением в конституцию.

Таковы основные постановления новейших западно-европейских конституций, имеющие огромный теоретико-правовой интерес. Подводя итоги всему сказанному, приходится установить: 1) признание подчиненности норм государственноправовых нормам международного права, 2) сближение верховной власти с исполнительной, 3) провозглашение национального принципа, как основного положения современной общественной жизни и обоснования им принципа народного суверенитета, 4) дальнейшее развитие принципа парламентаризма и, наконец, 5) попытки сочетания социалистических принципов с индивидуалистическими. Новые конституции всецело основываются на предпосылках, выдвинутых декларацией прав человека и гражданина, дополняя их новыми принципами (право на достойное существование, собственность, как не только право, но и обязанность). Социальное реформаторство в западно-европейской государственноправовой жизни стремятся сочетать с идеей правового государства.

А. Ладыженский.

Новые задачи современной науки международного права.

Небольшая, но содержательная статья проф. С. А. Котляревского („Кризис международного права". Право и жизнь 1922 № 1) будит мысль и невольно заставляет задуматься над вопросами, каковы фактическое состояние и юридическая природа международного права, в чем заключаются причины переживаемого им кризиса, и как оживотворить науку международного права.

1.

Общее учение о государстве, как члене международного союза, до самого последнего времени базировалось подавляющим большинством ученых на началах *свободы* и *равенства*, этих двух догматах, своего рода аксиомах, принятых наукою еще с XVI века, когда сложились суверенные государства нового времени, избавившиеся от средневековой иерархии феодального строя.—Между тем, практика убеждает нас, что современное цивилизованное государство не может быть рассматриваемо, как самодовлеющее, ни от кого и ни от чего не зависимое и свободное, не только формально, но и материально, самоограничивающее себя соединение. С высоты, на которую вознесла государство отвлеченная теория, низводит его внешняя зависимость культурного государства, выражающаяся хотя бы в обычных ограничениях верховенства в различных направлениях в пользу международного общения, в развитии целевых союзов, об'единяющих территории нескольких стран в единое целое для преследования целей союза, в праве вмешательства международного союза и т. д. Та же практика свидетельствует, что в международном быту наблюдается в действительности фактическое преобладание и решающее значение великих держав в процессе развития положительного права и вообще во всех жизненных вопросах общежития. При численном преобладании малых держав мировая политика ведется только немногими колониальными и морскими державами, имеющими или обширную, или густо заселенную территорию, превосходящими другие страны своею промышленною производительностью, размерами торговых оборотов, количеством народного богатства, своею культурою, военною силою и флотом; эта гегемония великих держав направляет политику бедных населением, маломощных, хозяйственно неразвитых и отсталых мелких государств в ту или другую сторону. Силою вещей установился порядок, закрепляющий и освящающий реальное соотношение сил между народами; да и было бы несправедливо предоставить право на одинаковый голос во внешних отношениях таким несоизмеримым величинам как, напр., Англия и Чили только потому, что обе они суть самостоятельные государства. При условии же учета качественного превосходства и могущества крупного государства, роста и развития народа, его

населяющего, и его жизненных потребностей, государственная мощь в состоянии проявлять себя мирным путем, не будучи вынуждена доказывать свое право на преимущество путем обращения к силе, и при таком порядке слабое государство, не теряя формально своего юридического качества равноправного государства, в то же время имеет известную долю участия в международных делах лишь пропорционально своим жизненным силам. Бесконечно далеко ушла вперед и самая техника международного правотворчества в сравнении с новым временем, не знавшим т. наз. всемирных договоров и пользовавшимся более примитивными формами правоустановления. В самом деле, в действующем праве имеются три наслоения норм. Во-первых, *односторонние* волеизъявления государств, которые при условии однообразия и однородности их по существу могут составить, путем обобщения их юриспруденцией, комплекс тождественного псевдо-международного права. Во-вторых, рядом с этим, своего рода суррогатом международного права, способным удовлетворить разве лишь сторонника взгляда на международное право как на внешнее государственное право, существуют *двухсторонние* конвенции, которые, при наличии целой сети их, опутывающей известную группу государств, могут во всяком случае образовать для этих последних устойчивую основу при регулировании их взаимных местных, временных и случайных отношений. Наконец, в-третьих, параллельно с этой зачаточной формой нормирования, способной к усовершенствованию при условии присоединения ряда новых участников к первоначальному соглашению, наблюдается увеличение числа *коллективных* трактатов трех и более государств, вообще неопределенного количества их, и притом расчитанных на продолжительный срок, во всяком случае на неопределенное время, по идее же—in secula seculorum, так как лежащие в их основе общие интересы присущи всякому государству, участвующему в международном общении. Применяя к этим соглашениям умозаключения С. Франка („Проблема власти". Вопросы жизни 1905 № 3, стр. 221—224), можно сказать, что в отличие от сепаратных договоров они стоят на менее зыбкой юридической почве. В латинской поговорке tres faciunt collegiam содержится более, чем простая юридическая условность, в ней выражается реальная и важная психологическая идея: в отношении, образовавшемся между тремя контрагентами, каждый отдельный участник сильнее связан, ему противостоят уже не одно, а два государства, т.-е. не равнозначащая ему, а превышающая его реальная и психическая сила; в союзе трех возможно уже большинство и меньшинство, этот союз не может также распасться по воли одного участника, как союз двух держав, он стоит выше воли каждого отдельного его члена; союз трех (или нескольких, тем более многих) государств нечто большее, чем простая сумма этих государств, к этой сумме присоединяется еще одно слагаемое—та психическая атмосфера, которая возникает из взаимодействия участников, и этот плюс реально отражается на всем строении союза и его функциях: союз живет и действует, как самостоятельное целое, а отдельное государство, будучи творцом его, в то же время становится входящей в его состав и подчиненной ему величиной, членом союза, и чем более разрастается и усложняется союз, тем более он принимает организованный и авторитарный характер. —Эта идея *организации* вместе с еретическими доселе принципами *зависимости* и *неравенства* государств и способны вывести международное право из кризиса —Самые начала свободы и равенства суть исторический пережиток полицейского государства XVI—XVIII столетий. С неограниченным абсолютизмом королей, с личною, дворцовою и династическою внешнею политикою тесно связано и представление о безграничном суверенитете государства, которому не может быть противопоставлено право-

вых граней и каких-либо сдержек, кроме морали, философии и политики. При таком воззрении международный союз представляет собою *товарищество*, societas рядом стоящих друг с другом, равноправных политических тел, над которыми нет ничего высшего, ни извне наложенного и предписанного права, ни внешнего авторитета. Это—механическое соединение отдельных государств, преследующих в международном общении свои личные, эгоистические, своекорыстные цели; его интересы—это сумма совпадающих интересов отдельных участников; его воля составляется путем сложения и применения индивидуальных воль суверенных государств. Свободу и равенство лишь внешним образом ограничивают различие рангов государств, правила церемониала, вежливости и этикета.

II.

В XIX столетии, вместе с превращением полицейских государств в государства правовые, вместе с расширением области действия международного права сначала на вновь образовавшиеся самостоятельные американские государства, а затем и на другие континенты, куда из Европы переместился центр международной жизни, международное право *европейских* народов, сложившееся в новое время превращается в право *цивилизованных* народов, противопоставляемых всем вообще языческим народностям, начиная с дикарей—антропофагов и кончая мало-культурными племенами Азии, Африки и Полинезии, которые благами международного права пользуются лишь постольку, поскольку они сами его признают и уважают. Этот мировой размах международного права, стремящегося стать *всемирным* и единым для всех вообще народов вселенной, повлек за собой постепенное видоизменение самого международного строя в *организм*, живущий своею собственною жизнью, имеющий свою волю, свои собственные интересы и свою особую защиту, организованную группой руководящих государств—как-то, то Священным Союзом и Пентархиею, то так называемым „европейским концертом" и Лигою Наций, представляющими собою различные комбинации и коалиции великих держав Европы, Америки и Азии. Отдельное государство ныне лишь составная часть целого, и всемогущество государства, его всесторонняя опека и самоуправство находят границы во властной воле большинства государств, имеющих общие интересы, и в совместной охране международно-правовых норм совокупною деятельностью нескольких государственных властей.

Современное международное право есть не что иное, как *особая, осложненная форма защиты права*, недоступная силам отдельного государства, осуществляемая не одним, а одновременно несколькими государствами, в принципе призванная обеспечить в международном масштабе все отрасли внутренне-государственного права: государственное устройство данной страны и ее управление, ее финансы, церковный строй, юстицию, ее военное, уголовное, гражданское, торговое и морское право, поскольку эти ветви праза выходят за пределы ее территории и поскольку данные правоотношения подпадают в отдельных своих элементах и в последовательных фазисах своего существования в круг действия нескольких государственных властей. Естественно, что благодаря этому международное право имеет специфический, своеобразный отпечаток, служащий прекрасным поводом для отрицания юридической природы этого права. Оно не похоже на более древнее и более развитое внутренне—государственное право, это—бесспорно, но отсюда не следует, что оно не есть право. Оно не есть ни публичное, ни частное право, высшим охранителем которых оно является, и которые не принимают в соображение факта сосуществования многих

государств, а право совершенно *особого порядка*, которое на этом факте и основывается. Частное право, охраняемое законом, судом и всем аппаратом государственного принуждения представляется незыблемым авторитетом всякому правоверному юристу. Но с узко-цивилистической точки зрения легко можно опорочить не только международное, но и государственное и административное право на том основании, что гражданско-правовой уклад санкционирован прочнее, нежели государственный быт и управление: при необеспеченности судебной защитой множества публичных субъективных прав (напр. хотя бы права на призрение), при отсутствии регулярной и всеобъемлющей административной юстиции, при недостаточности юридической гарантии выполнения мандата избирателей депутатом, при широких дискреционных полномочиях правительства в области верховного управления, предоставляющих ему свободное действование вне закона и помимо закона, всецело по собственному усмотрению и т. п. — разве можно говорить о полном и непререкаемом властвовании законности в области публичного права? Между тем, и государственное, и административное право все же признаются, и совершенно основательно, подлинным и действительным правом, какое только возможно при существующих исторических условиях. И международное право в некоторых отношениях стоит выше публичного права, в других ему уступает, но от этого его характер права нисколько не страдает, оно только остается правом sui generis.

Это междугосударственное право есть результат исторического процесса, в основе которого лежит жизненная необходимость сотрудничества и взаимной поддержки народов, но оно не есть та окончательная форма, в какую только может воплотиться идея солидарности. Оно способно, под влиянием идей правового государства, к дальнейшей эволюции в отношении постоянства организации, усиления властности и упорядочения санкции. В XIX веке, благодаря отложению европейских колоний в Америке, увеличилось относительное количество республик; монархический же строй из абсалютного стал переходить в ограниченный образ правления, при наличности которого конституционный монарх, как и президент республики, суть не более как глава исполнительной власти, орган государства как целого; это последнее теперь принципиально допускает возможность ограничения суверенитета не только в отношениях между государственной властью и ее органами и подданными, но и между самими государственными властями. Переход от старого режима к конституционному строю оказал существенное влияние на направление и содержание внешне-политических задач государства, что уже отмечено С. А. Котляревским („Правовое государство и внешняя политика". М. 1909 стр. 236—337 и „Развитие международных отношений в новейшее время". М. 1922 стр. 1—14), он отразился и на самой конструкции международного союза. На наших глазах происходит преображение этого последнего, аналогичное процессу водворения в XV-XVII веках королями „ земского мира" и публичной безопасности на развалинах права частной войны и всего вообще феодального „кулачного права". Эта трансформация представляется нам в виде *кризиса отживающего права*, в виде перелома налаженного правопорядка. Она неустранимо ведет к *конфедерации*, которая, ставя своею основою международный договорный акт, сохраняя коллективную охрану общих интересов и провозглашая мир нормальным состоянием международного общения, вводит общие законодательные, административные и судебные органы, унифицирует местные особенности, создает силу для противодействия отдельному государству в его центробежных стремлениях и ограничивает строгий принцип единогласия на конгрессах. Если желательно сохранить за международным правом его характер права междугосудар-

ственного, а за всемирным строем его чисто международную форму, то здесь на этом и приходится остановиться; этой конфедерацией была бы завершена одна из величайших задач современности — установление юридической, постоянной, всесторонней и всемирной организации человечества.

Элементы конфедерации выявляются благодаря усилению взаимных сношений и связей народов, развитию техники и материальной культуры, улучшению транспорта, росту капитализма, промышленности и торговли, демократизации государственного устройства и управления. Так, государства Америки положили начало конфедерации для всего американского материка в так называемой „пан—американской унии", на которую, к сожалению, мало обращают внимания не только русские, но и европейские ученые. В Европе зарождается международное управление, охраняющее материальные интересы народов, и в этой же сфере интересов учащаются случаи третейского разбирательства вещных, обязательственных, денежных, частно-правовых, пограничных и территориальных споров. Война становится делом всего международного союза, так как ее трудно локализировать вследствие переплетения экономических интересов народов; понятие нейтралитета, как пассивного состояния, получает активный характер путем наложения на нейтральных обязанности водворить мир между воюющими, малые державы замиряются в форме так называемого „вечного нейтралитета". Великие державы укрепляют свои позиции путем систематического пользования добрыми услугами и посредничеством, поручительством, вмешательством, репрессиями, в особенности мирною блокадою. В этой последней можно видеть зарождение действующей в мирное время для разрушения торговли и расстройства сношений блокируемого государства международной экзекуционной армии, которая имеется в предположении во множестве проектов так называемого „вечного мира"; на суше ту же роль играет коллективное занятие во время мира чужой территории. Начало неравенства голосов держав применяется в некоторых административных союзах, а начало неравенства представительства—в устройстве Международной Призовой Палаты. Появляется на практике международный плебисцит, скопированный с государственного образца всеобщего голосования, прообраз парламента вселенной.

III.

В то же время замечается усиление влияния экономических и социальных факторов в международном общении и сказывается воздействие так называемого „международного общества", противопоставляемого союзу государственных властей. Международный капитал последовательно охватывает отдельные территории и страны света, вовлекая их в общий круговорот, и более решительно обнаруживаются классовые интересы различных общественных групп, имеющих пребывание внутри различных государств; мировое хозяйство, общность духовной культуры и универсальность социальных делений создают почву для образования новых групповых соединений подданных отдельных государств. Задачей международного права становится не только упрочение международной охраны, но и регулирование в пределах всего международного общения взаимоотношений этих групп; официальная дипломатия начинает направлять внешнюю политику государства под непосредственным, но скрытым и закулисным руководством этих общественных сил, то крупных аграриев или промышленников, то банков или трестов и синдикатов, то держателей государственных займов. Соревнование этих групп напоминает собою соперничество государст-

венных соединений, основанных на расовых отличиях и на племенных стремлениях, побуждающих нацию отмежеваться от чуждой ей крови и чуждого духа. Это есть продолжение за пределами государственной территории общественной деятельности человека и различных союзов, проявляющейся в каждом государстве рядом с деятельностью государственной власти и при ее поддержке внутри государственной территории. Здесь наиболее рельефно проявляется та истина, что реальным субъектом всякого права, а следовательно и международного, является человек. Государство и международный союз суть лишь особые формы охраны социальных и человеческих прав, и этот последний лишь продолжает в этом отношении ту государственную деятельность, которая усложняется с образованием ряда государственных союзов. Это воздействие общественных сил проявляется хотя бы в том, что там, где идет дело о международном интересе производительности капитала, державы не задумываются создавать и властные организации, как это было на основании сахарной конвенции 1902 года; точно также частные общества, предприятия и компании, вместе с колониями и зависимыми государствами, призываются к участию в международном управлении наравне с суверенными державами. Все эти соображения приводят к выводу, что на экономической зависимости народов друг от друга растет международная организация, что движущие силы ее скрыты не в отдельном государстве, а в целом мире, что войны своею причиною имеют прежде всего конфликты материальных интересов, что политические союзы, альянсы, имеют своею целью защиту не только военных и политических, но также и экономических интересов, что так называемое „политическое равновесие“ есть не что иное, как забронирование сложившегося распределения государственных территорий с их населением и хозяйственными ценностями, в соответствии с ростом и потребностями международного капитализма.

При такой постановке вопроса видоизменяются и задачи современной науки. Еще проф. Н. М. Коркунов указывал на влияние теории естественного права и на непричастность международного права тому движению, которое сказалось с появлением исторической школы, как на причины архаичности и безжизненности международно-правовой доктрины („Международное право и его система“. Юридическая Летопись 1891 № 10). Но далеко не достаточно в наше время отказаться только от праздных схоластических рассуждений об „основных правах“ государств и применить только исторический и позитивный методы, чтобы омолодить и оплодотворить науку международного права. Жизнь ушла вперед и уже не вмещается в тесные рамки старой доктрины, игнорирующей факты живой действительности, разнообразие экономических условий, разделяющих различные группы общества, и борьбу социальных сил, и косно и рутинно оперирующей привычными отзвлеченными формулами и юридическими фикциями, представляющими собою плод кропотливого бумажного творчества. Наука не должна отставать от жизни, она должна изучать силы, творящие международное право, и истолковывать воздействие этого права на жизнь. Теперь пришла очередь пересмотреть и основные юридические предпосылки, на которых строится догма международного общения, и внести более углубленные и разносторонние приемы в исследование основных понятий науки в исторической перспективе, по различным историческим эпохам, обратив особенное внимание на экономические и социальные факторы тех перемен и переворотов, какие на протяжении столетий совершались в области отношений народов, начиная с средних веков, куда корнями уходят как право нового, так и новейшего времени, как внешнее государственное, так и междугосударственное право XX века. Так как международный союз нормирует отношения реальных политических тел,

имеющих каждое свою определенную физиономию, свои конкретные особенности и свои особые жизненные задачи, вытекающие из его экономического и социального строя, то для интернационалиста становится необходимым для уяснения хода событий международной жизни знать не только распределение отдельных рас и народностей по различным государствам и их передвижение, но и количественный, этнографический и профессиональный состав всякой страны, статистику армии и флота, численное соотношение различных классов общества и их взаимоотношение; кроме того — не только группировку благ природы, промышленных богатств и денежных ценностей по отдельным странам земного шара и их перемещение, но и географическое положение и физические свойства каждой страны, ее производительность и торговлю, ее судоходство, особенно морское, количество ввоза и вывоза, колониальную политику, промыслы, финансы, в частности задолженность иностранным банкам и частным лицам, пути и средства сообщения, вообще все отделы так называемой „прикладной" политической экономии. Международное право доселе изучалось преимущественно с точки зрения политики, философии и этики, и не учитывалось еще надлежащим образом воздействие экономики и социологии. Благодаря новым приемам истолкования права, получит новое освещение вся история внешних, дипломатических сношений, столь усердно разработанная, и целые, мало затронутые пока наукою области отношений государств, как социальных организмов, составят благодарный материал для исследователя.—Быть может, эти задачи непосильны для международника? Но силою вещей, благодаря особому характеру международного права, охраняющего все право вообще, интернационалисту приходится быть своего рода энциклопедистом, знать понемногу как государственное, административное, военное, церковное, финансовое, процессуальное, уголовное, гражданское право, так и исторические, политические, хозяйственные и общественные науки, пока различные отделы материального международного права не дифференцировались, и пока вся система этого права не распалась на свои составные части.—Помимо исторического и догматического подхода к праву, ученый должен уловить в общем потоке идей те новые течения, которые, развиваясь мало-по-малу, могут дать самому потоку новое направление; конечно, это имеет в виду не субъективные пожелания новых начал и не предсказания их „от разума", а лишь обобщение и объяснение идей, заложенных в жизни, своего рода пророческий элемент, основаный на изучении хода истории и способный создать ценности, которые не потеряли бы своего значения в будущем.

IV.

К числу таких идей принадлежит мысль о Соединенных Штатах Европы или даже о всемирной федерации народов, которая является логическим завершением идеи конфедерации и, в свою очередь, представляет собою одну из промежуточных форм строения общежития, один из этапов исторического процесса; завершительной стадией развития, в которой процесс объединения мог бы быть проведен еще последовательнее, явилось бы единое всемирное государство, мыслимое ныне лишь в неясных и неопределенных очертаниях. Если для современного международного строя введение конфедерации означало бы ремонт, то введение федерации было бы равносильно капитальной перестройке всего здания международной организации. На международном праве это отразилось бы превращением его во внутренне-государственное, федеральное право. Это повело бы к полному падению того фетишизма государства,

которым проникнут дух современной эпохи. Право перестало бы быть продуктом исключительно государственной жизни, оно приобрело бы общественный характер и формулировало бы законы общественной жизни. Государство из полицейского или же правового превратилось бы в хозяйственное государство, задачей которого явилось бы сделать для широких масс населения, для возможно большего количества лиц доступными все удобства материальной культуры и создать каждому индивиду возможность достойного человеческого существования. Государство, с его военным и дипломатическим аппаратом, к которому так прижился современный человек, из высшего территориального союза общественного господства превратилось бы, в лучшем случае, в штат, кантон, зависимую область, вроде Монако, Андорры и Сан-Марино, в худшем случае, в губернию, департамент, в самоуправляющуюся хозяйственную общину; оно распылилось бы и выродилось бы в менее совершенное политическое тело. Исчезли бы международные соглашения, и на их месте водворился бы федеральный закон. Стерлись бы современные государственные границы, способные ежеминутно превратиться в китайские стены, преграждающие всякие сношения между народами. Прекратилось бы состояние подданства, благодаря которому отдельное частное лицо пользуется международною охраною лишь при посредстве отечественной власти; человек стал бы лицом к лицу с центральной федеральной властью или ее местными органами, иностранец был бы уравнен в правах с местным жителем, уничтожалось бы, таким образом, то средостение, которое мешает теперь человеку стать настоящим суб'ектом международного права и превратиться в гражданина вселенной, которому всюду обеспечена была бы охрана его общечеловеческих прав, независимо от подданнических связей и территориальных границ. При таком положении дел осуществилось бы истолкование, данное П. А. Покровским современному международному праву, в котором, по его мнению, государства, как целые, не могут считаться суб'ектами права, каковыми являются лишь различные и разнообразнейшие лица, от носителей власти до частных лиц включительно, которым даны права нормами об'ективного международного права („К вопросу о суб'ектах международного права". Известия Министр. Иностр. Дел 1912 кн. 6). Но тогда, следует добавить, самое государство растворилось бы в международном правовом обороте.

Но удастся ли этому строю, открывающему широкие горизонты принципам универсализма и братства народов, уложить на прокрустово ложе войну, на которую столь охотно ссылаются все отрицатели правовой природы международного права? Едва ли. Ведь вековые распри, как политические, так и социальные, и экономические, раздирающие человечество на враждебные лагери, решаются не юридическими нормами, а теми силами, которыми создается всемирная история: эта последняя есть арена неустанной борьбы, явной и скрытой, состояние длящегося антагонизма, где войны сменяются перемирием. Война есть такой же факт, как революции, восстания и мятежи, как эпидемии и неурожаи, как землетрясения, засухи и грозовые бури. Вряд ли мыслимо изгнать войну из международного оборота, милитаризм—из государственной жизни и произвести полное разоружение; пасспфистов, иренистов, друзей мира можно упрекнуть как раз в склонности к мечтательной фантазии, в чрезмерном оптимизме и в идеализации человеческой природы, допускающих их верить в возможность естественной смерти войны и в грядущее торжество вечной гармонии людских интересов. Право может лишь ограничить внешние проявления вражды, смягчить ее пагубное воздействие на жизнь, направить соперничество в другое русло, но *предупредить* различные виды войн и *положить им конец* оно не в состоянии. Война, с изменением

международного строя, может принять лишь другую форму и другие размеры; если возможно было устранить феодальные войны, уничтожить династические, завоевательные и религиозные войны, если можно будет прекратить империалистические войны за колонии и рынки, то как довести до нуля внутри федерации распри между центром и местами, войны междоусобные, классовые, гражданские, как обойтись без вооруженных столкновений между отдельными расами, нациями и социальными классами, как запирить провинции и области, желающие отторжения от целого? Как и при современном анархическом строе, так и при новой конструкции международного строя идея вечного мира остается утопией и химерой, осуществимой разве лишь на кладбище, так как одни только мертвые не воюют и не имеют никаких между собою разногласий, споров и тяжб.

Н. Н. Голубев.

Уголовный кодекс Р. С Ф. С. Р. и германский проект уголовного уложения [1]).

Вина, наказание и меры социальной защиты.

Входя в круг идей, определяющих характер и содержание рассматриваемых кодексов (действующего русского и проекта германского), мы в первую очередь останавливаемся перед двумя неразрывно друг с другом связанными вопросами: один относится к учению о преступлении, другой к учению о последствиях преступления; первый—вопрос о вине, как элементе преступления, второй—вопрос о взаимоотношении наказания и мер социальной защиты. Начнем со второго, чтобы тотчас же перейти к первому.

Как известно, вопрос о мерах социальной защиты, как о чисто предупредительных мерах против лиц, совершивших преступные деяния,— самый острый в современной науке уголовного права и вызывающий к себе различное отношение со стороны криминалистов различных школ [2]).

Оба проекта—и русский и германский—предусматривают назначение судом „мер социальной защиты"; при том наш русский проект пользуется именно этим их обозначением, а германский говорит о „мерах исправления и безопасности". (Massregelung der Besserung und Sicherung). В чем же разница между этими мерами и наказанием? Об'яснительная записка к проекту германского кодекса полагает границу в понятии виновности. Наказание определяется виновностью преступника: „наказуем тот, кто действует виновным образом", и в меру своей виновности; меры же „исправления и безопасности" назначаются в случаях, когда учинивший преступное деяние „ в своих собственных интересах и во внимание к интересам общежития не может быть предоставлен себе самому, а между тем государственное вмешательство в виде наказания, с точки зрения ответственности за вину, или вовсе не могло бы быть оправдано, или не могло бы быть оправдано в той мере, в какой это вмешательство требуется" [3]).

---

[1]) См. „Право и Жизнь", № 2.

[2]) См. Э. Немировский. Меры социальной защиты и наказание в связи с сущностью вины. Птрг., 1916.

[3]) Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, s. 21, 84, 96.

Таким образом, как уже сказано, критерий для разграничения наказания и мер социальной защиты полагается в понятии виновности. Это понятие отвергается составителями Уголовного Кодекса Р. С. Ф. С. Р. Почему?. За отсутствием об'яснительной записки к проекту приходится обратиться к официальной литературе. Из нее можно сделать вывод, что проект угол. кодекса потому нечего не говорит о вине или виновности, что исходит из определенного принципиального положения: *виновных нет.*

„Для нас, детерминистов, писал еще в 1918 г. М. Ю. Козловский, аксиомой является положение, что преступник—продукт социальной среды, и что все его действия, все его побуждения от его и нашей воли не зависят. Нелегко, поэтому, воздавать ему „должное" за то, в чем он не повинен" [1]). Другими словами, раз у человека нет своей воли, то и нет на нем вины. Нужно признать, что отрицание понятия виновности, *если только существо и степень вины определять единственно направлением свободной воли*, представляет собою, правда, весьма радикальный, но все же логический вывод из учений социологической школы уголовного права, которая всю ответственность за совершаемые в обществе преступления целиком перелагает на самое общество. Однако, не говоря уже о спорности для современной научной мысли самого представления о вине, как об определенном направлении воли, [2]) нельзя не признать, что в области уголовного права эта точка зрения крайне опасна.

Понятие виновности, как условия ответственности, неотъемлемо принадлежит современному правосознанию, из которого его не вытравят никакие научные доктрины и построения. Согласно общественному правосознанию, наказание должно быть справедливым, и справедливо оно только постольку, поскольку оно применяется к каждому в меру его вины. Конечно, законодатель может стремиться влиять на народное правосознание, но, вовсе отрываясь от него, законодатель рискует воздвигнуть, под именем уложения или кодекса, здание без фундамента. Правильно и хорошо было сказано при обсуждении еще в 1895 г. в Московском Юридическом Обществе доклада, посвященного учению Франца Листа: „Общество—не tabula rasa, не об ект для научных экспериментов, производимых при помощи „целевого аппарата" права" [3]).

Совершенно точно так же, как никакие заверения детерминизма, как бы ни были они теоретически правильны (в их правильности не сомневается и автор постоящей статьи), не заставят нас в каждом практическом случае, когда нам предстоит сделать выбор, отказаться от мысли, что от нас, от нашей воли зависит сделать тот или другой выбор, так равным образом, как бы ни был обоснован социальный детерминализм, практическое сознание народа не откажется от представления, что есть виновные и невиновные; от этого не может отказаться и социалистическое правосознание: по крайней мере, вопрос о виновности и степени виновности—повседневный вопрос современной практики наших судов, как общих, т.-е. народных, так и чрезвычайных—революционных трибуналов, не говоря уже о том, что вопрос о виновности и ее степенях постоянно ставится и обсуждается в современной прессе [4]).

Да и неверно, что вина и невиновность определяются только качеством или направлением воли обвиняемого; против этого свидетельствуют так внимательно когда то исследованные М. А. Бобрищевым-Пушкиным постоянно

---

[1]) См. „Право и Жизнь" № 2.

[2]) См. напр., Günther Nemanitsch, Schuldgedanke und Zweckmaxime, в Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, 1914, B. 60, H. 1 и 2.

[3]) Замечания А. Э. Вормса. Протокол засед. Моск. Юр. общ. 6 марта 1895.

[4]) См., напр., в «Правде», 1922 г. № 111, статью Я. Бл.: „Правые эсеры левее и *виноватее* Колчака".

подтверждаемые „эмпирические законы“ деятельности присяжных заседателей, которые часто говорят свое: „нет, не виновен“, несмотря на доказанный умысел обвиняемого, направленный на достижение преступного результата, действительно осуществленного. Новейшее течение в области учения о вине (я имею в виду только уголовно-правовую литературу), исследуя содержание понятия виновности, отодвигает на задний план вопрос о свободе воли — этот, как верно характеризует его Вл. Соловьев, „самый трудный, самый сложный и тонкий вопрос во всей области умозрения“ [1]). Исследуя содержание понятия виновности, новое направление в вопросе о вине констатирует, что в этом понятии в сущности заключается не более, чем признание, что деяние приписываемое обвиняемому, вытекло из совокупности заложенных в личности обвиняемого психических факторов, в соединении с отрицательным с точки зрения правовой или социальной о ней суждением [2]). Такое синкретическое понимание виновности, [3]) во-первых, вполне примиримо с детерминистической точкой зрения и, во-вторых, нисколько не противоречит целевой идее наказания. Для отрицательного суждения о личности, для признания ее стоящей ниже *нормы социального уровня* нет надобности признавать ее наделенной свободной, ни от чего, кроме нее самой, не зависимой волей. Вместе с тем, углубленное понимание воли, как „вины характера“, а не воли (Кольрауш, Лист) соответствует целям, как генеральной, так и специальной превенции преступлений посредством наказания, ибо, с одной стороны, такое понимание требует угрозы тем большей репрессией, чем в большей мере преступление вытекает из наклонностей характера (отсюда угроза усиленною репрессией хронической преступности), а с другой стороны, при указанном пониманни вины, выбор репрессии в конкретном случае ставится в зависимость от источника и глубины преступного настроения виновника, что отвечает цели специальной превенции [4]).

С отрицанием понятия вины наказание утрачивает и присущий ему и в нем находящий свое выражение момент осуждения, также соответствующий цели превенции, — прежде всего „генеральной“. Между тем, в этом то моменте и заключается воспитательное значение наказания, облагораживающее его, подымающее его на уровень социально-педагогической меры, превращающее судью из стража государства и общества, вооруженного мечом, в глашатая государственно-организованного порицания. В интересах государственной власти не игнорировать, а культивировать то здоровое нравственное чувство, которое реагирует на преступное деяние в зависимости от суб'ективного к нему отношения того, кто учинил его. Тем более этого, т. е. использования здорового нравственного чувства, сопутствующего признанию или отрицанию вины в учиненном деянии, можно ожидать от законодателя подходящего к оценке нравственности с утилитарным критерием, ибо несомненно, что, как писал в свое время Н. К. Михайловский, „власть, закон, общественные учреждения, давя на личную совесть всею своею силою, вооруженною наказанием и наградою, должны оказывать весьма значительное, по крайней мере, вторичное влияние на формы нравственного чувства“ [5]).

Естественным следствием отказа от понятия вины должна быть замена

---

[1]) Вл. Соловьев. Свобода воли и причинность, в „Философском Ежегоднике“ „Мысль и Слово“, М., 1918—1921 г., стр. 175.

[2]) Günther Nemanitsch, Schuldgedanke und Zweckmaxime, в Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, Leipzig 1914. B. 60, H. 1 и 2.

[3]) „Синкретическое“ потому, что принимает во внимание всю совокупность психических факторов, приведших к учинению преступного деяния, а не только направление воли.

[4]) Э. Я. Немировский. Меры социальной защиты и наказание в связи с сущностью вины, в Ж. М. Ю. 1916 г., февраль.

[5]) Н. К. Михайловский. Критика утилитаризма (1880 г.), в „Сочинениях“, т. III, изд. «Рус. Бог», 1887 г., стр. 271.

его понятием опасного состояния преступника. Да и не только эта замена... Пришлось бы вслед за ван-Гамелем повторить его слова на гамбургском с'езде международного союза криминалистов: „Три понятия страшно мешают нам... а именно: „вменяемость", „наказание" и „преступление"... Когда мы, наконец, от них освободимся, тогда все пойдет лучше" [1]. Такой именно прямолинейный путь намечен для проекта итальянского кодекса Энрико Ферри: он, осуждая новый японский уголовный кодекс 1910 г. и проекты австрийский, германский, швейцарский и сербский за то, что они все еще „колеблются между традиционным чувством моральной вины и об'ективным принципом опасности преступника, лежащим „по ту сторону" суждения о моральной вине", выражает надежду, что итальянская комиссия для реформы уголовной юстиции „сумеет сделать логический и прямой шаг, чтобы перенести санкции уголовных законов и мероприятия уголовной юстиции на почву, которой чужды философские учения и религиозные догмы о нравственной вине преступника" [2]. При этом под „нравственной виной" Ферри разумеет вообще вину, как это видно из того „логического и прямого" вывода, который он сам делает из отрицания понятия нравственной вины, а именно, что „человек, который совершил преступление, всегда должен быть законно-ответственным за него (immer gesetzlich verantworten muss), каковы бы ни были его личные отношения с точки зрения возраста, пола, душевного расстройства, опьянения и т. п." [3]. Для того, чтобы отвергнуть этот необыкновенно радикальный вывод, достаточно хотя бы только „уголовно-правового понятия вины" (der strafrechtliche Schuldbegriff [4]). Чтобы виновный в преступном деянии был всегда и нравственно виновным, для этого нужно было бы, чтобы нормы, снабженные карательной санкцией, всегда совпадали с нормами этики, что, разумеется, не всегда бывает. Если в признание виновным входит осуждение, порицание и, следовательно, оценка, то это — правовая оценка, часто, но не всегда совпадающая с нравственной. Порицать, хотя бы с правовой точки зрения, нельзя, напр., безумных; отсюда их безответственность.

Несмотря на только что сказанное, уголовный законодатель, вопреки Ферри, не может порвать не только с понятием вины, но, в частности, и с понятием нравственной вины. Если во многих случаях признание обвиняемого виновным заключает в себе только правовое осуждение его, то уголовный законодатель в высшей степени заинтересован в том, чтобы это правовое осуждение было вместе и нравственным осуждением, а это бывает тогда, когда норма права совпадает с нормой общественной морали. То прямолинейное и простое решение вопроса, которое дает Ферри, не согласуется с его-же желанием построить уголовный кодекс на таких началах, чтобы „приговорам судей была придана *моральная* и внушающая сила (suggestive Kraft) поддержки общественного мнения" [5]. Можно весьма сомневаться в том, чтобы позитивистическое мировоззрение, т.-е. мировоззрение, отправляющееся от опыта и наблюдения, требовало пренебрежения и человеческою природою, в которой наряду с другими чувствами, называемыми нами естественными, заложено и нравственное чувство, и теми накопленными долгими историческим опытом оценками, которые находят себе выражение в понятиях „честного", „бесчестного", „бессовест-

---

[1]) Цит. в ст. В. Станкевича. Борьба с опасным состоянием, как основная проблема нового права, в Сборнике „Новые идеи в правоведении" (№ 1): „Цели наказания", Спб., 1914 г., стр. 90.

[2]) Enrico terri. Die Reform der Strafjustiz in Italien, в Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 1920, 41 B, 4 и 5 H. s. 477.

[3]) Ibid стр. 486.

[4]) Nemansch, or. cit., s. 152.

[5]) Enrico Ferri, if., s. 485.

ного" и т. д., и которые проводят резкую черту различия между, с одной стороны, ответственностью человека, виновным образом преступившего норму, и несением, с другой стороны, последствии нарушения нормы человеком, душевное состояние которого исключает приложение к нему мерила виновности. Между тем, Ферри этого различия не знает.

К счастью, составители Уголовного Кодекса Р. С. Ф. С. Р. не вывели всех последствий, вытекающих из отрицания понятия виновности, и не пошли путем последовательного проведения так наз. теории опасного преступника. Они сохранили понятия и вменяемости и наказания; но вместе с тем, отпала возможность сколько-нибудь принципиально отграничить наказание от „других мер социальной защиты", хотя эти два понятия — наказание и „другие меры социальной защиты" повторяются в целом ряде статей (ст. ст. 5, 8, 10 [1]), 46).

Несмотря на отрицание понятия виновности, которое, как сказано, ничем другим не может быть заменено, как понятием опасного состояния преступника, наш Кодекс все же в борьбе с преступностью ставит на первом плане наказание, а не „другие меры социальной защиты", которым уделяется лишь очень незначительное место. В этом отношении наш Кодекс гораздо консервативнее германского, хотя и последний нельзя упрекать в чрезмерном увлечении воззрениями „суб'ективной школы" уголовного права, вылившимися в наше время в теорию опасного состояния преступника. В об'яснительной записке к проекту германского уложения ее составители не формулируют своего взгляда на цели репрессии, но из того определяющего (хотя, конечно, не решающего) значения, которое они придают об'ективной стороне совершенного деяния [2]), следует, что и они не пошли за крайними требованиями „суб'ективной школы", и что ими не отвергнута старая теория генеральной превенции, требующая от закона, чтобы он именно угрожал тем большим наказанием, чем тяжелее преступление, чем серьезнее его последствия. Однако, несомненно, что проект сделал очень значительную уступку тому учению, в котором теория специального предупреждения преступлений нашла себе крайнее выражение, — учению об опасном состоянии преступника. Как известно, это учение, только *мирясь* с сохранением старой системы наказаний, продиктованной принципом генеральной превенции, центр тяжести полагает вовсе не в ней, а в мерах социальной защиты, поставляемых в зависимость исключительно от опасности преступника [3]). Следуя примеру швейцарского и австрийского проектов и датского уголовного уложения 1912 г., германский проект уделяет особый отдел (12 Abserchnit общей части) „мерам исправления и обеспечения". К этим мерам проект относит: 1) помещение в общественное лечебное или попечительное учреждение для душевно-больных или для алкоголиков; 2) запрещение в течение известного срока потреблять спиртные напитки; 3) помещение в рабочий дом лиц, совершивших преступления вследствие распущенности или лени; 4) изоляцию привычных преступников; 5) запрещение пребывания в известном месте; 6) высылку иностранцев из пределов государства.

Круг мер социальной защиты, отличающихся от наказания, в нашем Кодексе гораздо уже и притом, за исключением разве принудительного лечения, которое, вероятно, имеется в виду применять преимущественно к алкоголикам, это — все те-же меры, которые были известны и старому праву. Ст. 46 Кодекса называет: а) „помещение в учреждения для умственно или морально дефективных; б) принудительное лечение; в) воспрещение зани-

[1]) В 10 ст. наказания противополагаются даже не „другим мерам социальной защиты", а просто „мерам социальной защиты" и, следовательно, сами такими мерами не почитаются.

[2]) Denkschrift zu dem Enturirf 1919 г. (об'яснения к § 106).

[3]) Э. Я. Немировский. Op. cit, стр. 7, 14.

мать ту или иную должность или заниматься той или иной деятельностью или промыслом; г) удаление из определенной местности".

Однако, было бы ошибочно думать, что отрицание понятия виновности прошло бесследно для самого существа Кодекса. Оно сделало чисто механическим, принципиально необоснованным и даже необъяснимым сочетание в той системе репрессии, которая усвоена авторами проекта Кодекса, разнородных, оставшихся неспаянными, элементов.

В отличие от авторов германского проекта, которые даже в мотивах к нему не сочли нужным изложить своего взгляда на задачи наказания, составители русского кодекса выразили этот взгляд в самом законе. Ст. 8 Кодекса гласит: „Наказание и другие меры социальной защиты применяются с целью: а) общего предупреждения новых нарушений, как со стороны нарушителя, так и со стороны других неустойчивых элементов общества; б) приспособления нарушителя к условиям общежития путем исправительно-трудового воздействия; в) лишения преступника возможности совершения дальнейших преступлений". Таким образом, наказанию ставятся законопроектом сразу две цели: общего и специального предупреждения преступлений.

Компромисс между этими двумя существенно различными целями, дающими содержание для двух различных систем наказания, действительно, возможен, но при таких условиях, которые в Кодексе отсутствуют. Мы здесь, по ходу нашего изложения, должны остановиться только на одном из этих условий: на определяющем значении для рода и меры наказания, которым угрожает законодатель, большей или меньшей виновности обвиняемого. В самом деле, система специального предупреждения преступлений требует возможно большей индивидуализации наказаний в зависимости от большей или меньшей опасности, которою угрожает правопорядку его нарушитель; идеальной, с точки зрения системы специального предупреждения преступлений, является абсолютно неопределенная санкция уголовного закона. Напротив, система общего предупреждения преступлений предполагает расценку преступлений по их тяжести самим законодателем, который соответственно большей тяжести преступления стремится предупредить его угрозой более тяжкого наказания. При этом, если законодатель игнорирует момент виновности, проявленной в преступлении, то у него нет и не может быть иного критерия для определения тяжести преступления, кроме чисто об'ективных признаков его. Если, в соответствии с этими об'ективными признаками, законодатель, проводя начало общего предупреждения преступлений, за известное преступление угрожает наказанием определенной тяжести, то можно об'яснить дальнейшее сверх нормы увеличение наказания в конкретном случае в виду особой опасности конкретного преступника, но как об'яснить понижение наказания или даже условное освобождение от него, как то допускает ст. 36 Кодекса? Не ясно ли, что, если наказание требуется для того, чтобы, как говорит ст. 8 Кодекса, предупредить новые нарушения со стороны других, помимо нарушителя, „неустойчивых элементов общества", если, другими словами, преступник используется, как средство для воздействия на всех, кто стоит на наклонной плоскости, ведущие к преступлению, и если притом тяжесть преступления измеряется только его об'ективными признаками, то нет оснований ни к смягчению наказания, ни к освобождению подсудимого от наказания во внимание к его личным свойствам. Задаче общего предупреждения преступлений, как верно констатирует проф. С. П. Мокринский, „наиболее благоприятствуют санкции малоподвижные" [1]). Известную подвижность системе общего предупреждения преступлений может придать только оживление ее понятием виновности,

[1]) С. П. Мокринский. Наказание, его цели и предположения, т. I, 1902 г., стр. 89-90

т.-е. замена упрощенного суждения о *тяжести преступления* по его об'ективным признакам более сложным критерием, измеряющим преступление не только об'ективным масштабом вреда и опасности деяния, но и суб'ективным — виновности. Такое осложнение критерия тяжести преступления внесением в него суб'ективного момента виновности требуется самым решительным образом тем внутренним преобразованием, которое, с ростом культуры и гражданственности, повсюду претерпела система общего предупреждения: как констатирует тот же проф. Мокринский в своем специальном исследовании, центр тяжести психологического действия этой системы переместился с устрашения на нравственное давление общественного мнения, стоящего позади уголовной угрозы [1]). Если законодатель именно на силе общественного мнения и общественного правосознания строит свою систему генеральной превенции, если он хочет, чтобы именно эта сила стала источником репрессивной силы уголовной угрозы, то он не может не учитывать того, что различие виновных и невиновных и степеней вины составляет факт общественного правосознания. Если же законодателю это последнее безразлично, тогда его система общего предупреждения преступлений возвращается к той до—Фейербаховской стадии ее развития, когда цель наказания полагалась только в грубом устрашении, а не в психологическом принуждении „неустойчивых элементов общества" угрозой нравственных страданий, сопряженных с судебным приговором, когда последний вторит голосу общественного правосознания.

Не осталось отрицание понятия виновности без значения и для особенной части Уголовного Кодекса. Но нужно признать: здесь отрицание виновности сказалось чисто внешним образом и только. Советское законодательство, казалось, решительно порвало, с воззрением классической школы, которой приписывалось (не без основания, конечно),что она требует возмездия за деяние, забывая о деятеле, за преступление, игнорируя личность преступника, — и в результате Кодекс принял такую конструкцию диспозиции статей особенной части, согласно которой карается именно деяние, а не деятель. „Организация в контр-революционных целях вооруженных восстаний карается", „Участие в массовых беспорядках... карается" и т. д. — такова диспозиция статей особенной части Кодекса: указание на суб'екта преступления в ней отсутствует. Составители проекта отказались от формулировки, принятой Угол. Улож. 1903 г.: „виновный в том-то наказывается так-то". Когда в Совнаркомовской комиссии по рассмотрению проекта Угол. Кодекса предлагалась эта формулировка, то она встречала возражение со стороны представителей Наркомюста, заявлявших: „мы вины не знаем". Между тем, если считать, что закон является проводником идей законодателя, то принятая в Угол. Кодексе формулировка законов его особенной части — такое то действие или бездействие наказывается так-то — вовсе не безралична: законодатель ставит себе в заслугу, что он обращает взоры правосудия к будущему, а не к прошлому, между тем конструкцией своих законов он внушает обратное: карается не виновный, который налицо и которого нужно приспособить к условиям общежития или обезвредить (ст. 8 проекта), а деяние, уже отошедшее в прошлое. Такая формулировка, противопоставляющая наказание преступлению и вовсе не упоминающая о преступнике, как раз соответствует взгляду классической школы на наказание, как на эквивалент преступления, как на malum passionis, quod infligitur propter malum actionis. Как известно, именно классической школе делается упрек, еще недавно вновь повторенный Ферри, что она „совершенно и намеренно не признает преступника, между тем как в действительной жизни, при посредстве судебной деятельности, уголовный закон

[1]) Стр. 82.

применяется не к преступлению, так как „Factum infectumfieri nefas“, а к преступнику, который его совершил [1]). Форма изложения законов в особенной части „Уголовного Кодекса Р. С. Ф. С. Р.“ сама по себе (т.-е. независимо от постановлений общей части) допускает повторение этого упрека.

Н. Полянский.

Международный союз криминалистов за время войны и после нее.

Незадолго до начала войны, в январе 1914 г., на конференции в Берлине было скромно отпраздновано торжество 25-летнего существования Международного Союза Криминалистов, возникшего в 1889 г. благодаря инициативе, главным образом, проф. Листа. В специальном выпуске „Бюллетеня Международного Союза“ представителями различных национальных групп были подведены довольно значительные итоги тех прогрессивных реформ в области уголовного права, которых удалось достигнуть благодаря энергичной пропаганде идей Союза. Вместе с тем на берлинском совещании была выработана программа ближайшего международного конгресса Союза в Риме летом 1915 г.

Разразившаяся через полгода после этого европейская война подвергла существование Союза тяжкому испытанию. Шовинистические увлечения, не пощадившие порою и отдельных видных членов Союза, весьма обострили отношения между отдельными национальными группами. Международная связь, естественно, должна была быть прерванной. Но помимо того, замерла и деятельность большинства национальных групп. В Германии и во Франции стали наблюдаться массовые заявления отдельных членов о выходе из Союза. Русская группа в конце 1914 г. также приостановила свою деятельность, а комитет ее по текущим делам сносился с членом президиума проф. ван-Гамелем, представителем нейтральной Голландии.

Конечно, большинство членов Союза и руководителей его национальных групп надеялись, что, с заключением мира в Европе, прервавшаяся связь криминалистов будет восстановлена, хотя, быть может, и на несколько иных основаниях, чем то было раньше. Эта мысль нашла себе выражение в речи проф. Гафтера, произнесенной им 13 октября 1917 г. на заседании Швейцарской группы Союза. Проф. Гафтер выразил единодушное желание членов Швейцарской группы возобновить после войны деятельность Международного Союза, указав, что по мнению прежних руководителей его, в частности проф. Листа, руководство Союзом должно перейти в руки представителей нейтральных стран, по крайней мере, на ближайшие годы. Швейцарская группа могла бы принять на себя возрождение деятельности Союза на новых основаниях. Члены ее остаются верными идеям Союза, и швейцарское законодательство, в своем проекте уголовного уложения, одним из первых дало этим идеям наиболее широкое практическое признание.

Но в 1917 г. момент для такой попытки еще не созрел. Военные действия на западных фронтах еще продолжались, всколыхнувшиеся на-

[1]) Enrico Ferri op cit. 480 стр.

циональные страсти еще не только не успокоились, но, пожалуй, достигли наивысшего своего выражения.

В начале 1919 г. учредитель Союза проф. Лист, в предисловии к 21 и 22 изданию своего учебника уголовного права, не надеясь уже лично увидеть возрождение международного сотрудничества криминалистов, в частности в виду той враждебности, с какой отнеслись к немецкой науке французские и некоторые русские криминалисты, приглашал молодые поколения работников к воссозданию разрушенной международной связи. Но, естественно, что первые месяцы и годы после прекращения военных действий в ноябре 1918 г. были заняты вопросами совершенно иного рода. Пришлось залечивать экономические раны, реформировать и укреплять внутренний политический строй, находить выходы из трудных социальных осложнений. В 1919 г., в течение короткого периода, один за другим умерли три члена президиума Союза и его вдохновители—Лист, ван-Гамель и Принс, в 1922 г. трагическая судьба постигла и четвертого—председателя русской группы—В. Д. Набокова. Желанный мир далеко не принес успокоения государствам Европы и не создал надежной почвы для мирного сотрудничества.

Тем не менее, новую попытку восстановления международной связи между криминалистами, в начале 1920 г., делает глава Итальянской школы Энрико Ферри. Ферри был одним из учредителей Союза в 1889 г., но почти не принимал в нем активного участия, считая, что другие его руководители, в частности Лист, широко воспользовавшись его идеями, тем не менее не заслуженно игнорировали его авторство и значение; за все время существования Союза Ферри не был избираем ни на одну руководящую должность по Союзу. Но после смерти руководителей союза, Э. Ферри счел необходимым взять в свои руки главное руководство. Будучи назначен сначала председателем комиссии по выработке проекта уголовного уложения, а затем итальянским министром юстиции в начале 1920 г., он решил созвать международный конгресс криминалистов в конце 1920 г. в Риме, предложив его обсуждению выработанные им проекты реформы. Формальным основанием к тому являлось данное ему и Гарофало Копенгагенским конгрессом 1913 г. поручение созыва в Италии такого конгресса в 1915 г. Но, повидимому, это предположение Ферри встретило ряд затруднений, и хотя уже с того времени прошло два года, но о созыве конгресса не слышно. В 1921 г. вышла в свет общая часть выработанного комиссией Ферри проекта уголовного уложения, опубликованная на 4 языках, но о международном обсуждении ее пока не слышно.

С конца 1920 г. понемногу начинает оживать деятельность отдельных национальных групп Союза. Австрийская группа собиралась в ноябре и декабре 1920 г. и обсудила на своих заседаниях вопросы об организации шеффенского суда, о суде для несовершеннолетних и об упрощенном производстве. На весну 1921 г. было назначено собрание германской группы, при чем в порядок дня были поставлены вопросы о прогрессивной системе лишения свободы, о неопределенных приговорах и о наказуемости неправильных заявлений должностных лиц, даваемых без присяги. Но опубликование в начале 1921 г. процессуальных проектов побудило заменить эту программу обсуждением вопросов процессуальной реформы, чему и был посвящен с'езд, собравшийся в Бремене под председательством Отто Майера. О возобновлении деятельности других групп мы не имеем сведений. Русская группа на собрании членов Комитета в Москве в марте 1922 г. постановила возобновить свою деятельность, устраивая совместные заседания с Московским и Петроградским Юридическими Обществами.

Таким образом, коллективная работа криминалистов только начинает пробуждаться. Но в то время как на западе научная криминалистическая деятельность довольно живо протекала в обществах и в прессе, у нас последние пять лет она почти совершенно заглохла. Она стала оживать только с начала текущего года, когда вопросы выработки новых кодексов и, вообще, восстановление уголовного законодательства было постановлено на очередь.

Мы лично довольно пессимистически смотрим на возможность возрождения Международного Союза в его прежнем виде. В изданной в 1915 г. книге „Международные с'езды по вопросам уголовного права за последние десять лет" мы высказывали мысль, что форма многолюдных и плохо организованных международных с'ездов уже устарела и что в будущем представляется более целесообразным учреждение Международного Института Уголовного Права. Сейчас, при существовании всевозможных ограничений в'езда и выезда из одних стран в другие, при крайней неравномерности экономического и политического уровня отдельных стран, идея международных с'ездов почти неосуществима. В частности, по адресу Международного Союза Криминалистов следует заметить, что большинство намеченных им в своей программе положений успели уже повсеместно воплотиться в жизни и стали порою трюизмами. При возобновлении Союза необходима была бы новая выработка идейной программы, чего не так легко будет достигнуть при современном распаде в области социально-правовых идей. Ушли из Союза его многолетние вдохновители и руководители, спаянные и личной дружбой и однородностью научных воззрений, а нового центрального ядра не образовалось.

Смерть видных руководителей Союза, Листа, Принса и ван-Гамеля, оставшаяся у нас почти неотмеченной в печати, побуждает нас посвятить несколько слов памяти этих выдающихся ученых и уголовных политиков. Мы не собираемся писать биографию этих людей, каждый из которых наложил яркую печать на правовое развитие своей страны. Наша цель хотя бы на несколько минут воскресить в памяти русских криминалистов образ этих выдающихся ученых.

Лист, Принс и ван-Гамель почти одновременно выступили в литературе с изложением своих уголовно-политических идей, чуждых крайностям итальянской уголовно-антропологической школы, но принимавших от нее положительный метод изучения явлений преступности. Не отрицая необходимости разработки уголовного права, как юридической дисциплины, они приглашали к изучению преступления, как социального явления, и указывали на необходимость установления факторов преступности для того, чтобы на ряду с репрессией развить и политику превенции. Работа Листа „Идея цели в наказании" появилась в 1883 г., книга А. Принса, „Преступление и репрессия"—в 1885 г. и доклад ван-Гамеля международному тюремному конгрессу в Риме „об усмотрении судьи при назначении наказания"—также в 1885 г. На всех этих работах отразилось влияние тогдашних корифеев криминалистики Ломброзо, Лакассаня, Тарда, отчасти Ферри, но авторы не последовали слепо за новыми лозунгами, а решили вдумчиво и постепенно проверять их практическую и уголовно-политическую правильность. На совещании Листа, Принса и ван-Гамеля в апреле 1889 г., происходившем в Кельне, было положено основание международному Союзу.

Несмотря на близость научных воззрений и личную дружбу, трое учредителей Союза представляли собою людей во многом различного типа. Лист, обладавший живым темпераментом австрийца, нервный, порывистый, увлекающийся, ставил во главу всего идею целесообразности, являясь в этом отношении верным учеником Иеринга. Он более других был склонен

к компромиссам и всегда старался найти примиряющие предложения между различными течениями в Союзе. В большинстве случаев это ему удавалось благодаря большой находчивости, остроумию и, конечно, глубокой эрудиции. По натуре он был превосходный организатор, и ни одно из крупных научных начинаний в уголовно-правовой жизни Германии последней четверти века не происходило без его инициативы или активнейшего участия. Являясь знатоком не только уголовного, но и международного права, Лист обладал талантом дипломата, умеющего в одной формуле давать удовлетворение разнообразным интересам и запросам представителей различных стран. Он редко брал на себя на международных конгрессах доклады по боевым вопросам, предпочитая выступать в качестве оппонента. Напротив того, в пределах немецкой группы именно он чаще всего выступал застрельщиком. Пользуясь мировой репутацией крупнейшего ученого, имеющего учеников во всех частях света, занимая кафедру в Берлине, состоя в последнее время членом прусской законодательной палаты, Лист, тем не менее, всегда был доступным и приветливым для всех. Он неизменно посещал все конгрессы и конференции Союза и сблизился с более активными его членами, как со своими друзьями и близкими. Лист умер 19 июня 1919 г. после болезни, длившейся несколько месяцев. Будучи горячим патриотом, Лист в начале войны увлекся оправданием действий немецких военных властей, его выступления по вопросам международного права были во многих случаях пристрастными, но затем он, повидимому, стал несколько раскаиваться в этом своем увлечении, и его последние годы были омрачены сознанием тех неизгладимых ударов, которые международная солидарность и в политической и в научной области испытала в связи с войной. Он был свидетелем гибели германской монархии и тяжелого мира для Германии и, в заключительных строках своего предисловия к последнему изданию своего учебника, написанных незадолго до смерти, утешал себя мыслью о том, что все же немецкая культура и немецкая наука, несмотря на проявившуюся к ним вражду, доказали свою стойкость и не утратят своего международного влияния, которое они приобрели в прошлом.

Адольф Принс—живой, небольшого роста, подвижной, с проницательными глазами, выступавшими из под нависших седых бровей,—был, пожалуй, более всех других склонен к радикальным реформам в области уголовного права. Будучи в течение ряда лет генеральным инспектором бельгийских тюрем, он осуществил в своей стране одним из первых новые идеи Союза—условное осуждение, условное досрочное освобождение, работные дома, меры социальной защиты в отношении нищих, бродяг и профессиональных преступников. На Гамбургском с'езде 1905 г. он явился инициатором постановки вопроса признании опасного состояния и подробно развил эту идею в двух последних своих книгах. Не задаваясь широкими теоретическими идеями, Принс всегда чутко улавливал практическую сторону вопроса и был необычайно упорен и последователен во всех своих положениях. В последние годы участие его на международных с'ездах не было особенно активным, но зато каждый раз его выступление способствовало энергичному продвижению вопроса, так как он не любил неясностей и недоговоренностей. Как профессор брюссельского университета, Принс оставил после себя ряд видных учеников, а своими научными трудами во многом способствовал распространению идей социологической школы, особенно во Франции и Бельгии.

Ван-Гамель, по своему знанию языков, по своим ораторским данным и по своему остроумию, являлся наиболее эффектной фигурой среди учредителей Союза. С красивым, подвижным, резко выточенным лицом и густой полуседой копной легко вьющихся волос, он напоминал собою

талантливого актера, постоянно как бы разыгрывавшего свою роль. Он увлекал слушателей не столько глубиной и последовательностью своей аргументации, сколько смелыми и блестящими сопоставлениями, яркими примерами и метафорами, искренней аффектацией. Ван-Гамель до вступления в Союз примыкал к уголовно-антропологической школе, да и после организации Союза был постоянным участником уголовно-антропологических с'ездов. Он был крайним последователем детерминизма, отрицая идею вины и наказания, основанного на моральном принципе. Для него наказание сливалось с социальной защитой, и идеалом являлось полное усмотрение судьи в выборе наиболее пригодной меры воздействия. Вопросы уголовной догматики его не интересовали. Свою мировую известность он получил научной разработкой впервые выдвинутой им науки уголовной этиологии (учения о факторах преступности), о методах которой он напечатал в 1889 г. статью в журнале Листа. К области уголовной этиологии принадлежат и работы его видных учеников ван-Кана и Бонгера. Назначенный около 1910 г. членом верхней палаты в Голландии и уступив свою профессорскую кафедру своему сыну, так как сам он терял право на нее с достижением 70-летнего возраста, ван-Гамель не переставал принимать близкое участие в работах Союза. В отличие от Принса, ван-Гамель, выдвигая идею защиты общества, постоянно отстаивал и интересы личности преступника, внося гуманный оттенок в постановления Союза. Он считал, что прогресс в уголовном праве выражается не столько в усовершенствовании его законодательных постановлений, сколько в большом развитии уголовных судей. Уголовные судьи должны быть не только юристами, но и врачами и психологами и социологами. В подготовке надлежаще образованных судей лежит будущность реалистического и прогрессивного права. В этом отношении он больше других членов Союза учитывал образец Англии, где авторитетные и независимые судьи пользуются почти неограниченной свободой в определении наказания. Весьма многое сделал ван-Гамель и для реформы дела борьбы с преступностью несовершеннолетних в своей стране. К сожалению, большинство трудов ван-Гамеля мало знакомо европейским криминалистам, так как они написаны на голландском языке. Вышедшие незадолго до его смерти два тома сборника его статей свидетельствуют о разнородности интересов покойного.

К числу умерших членов президиума Международного Союза следует отнести и трагически погибшего в Берлине председателя Русской Группы, В. Д. Набокова. Он был самым молодым членом президиума, вступив в него лишь после Копенгагенского конгресса 1913 г., на котором выступил с докладом о профессиональных преступниках с точки зрения возможности применения к ним понятия опасного состояния. В. Д. участвовал лишь в немногих международных с'ездах: в 1902 г.—в Петербурге, в 1910 г.—в Брюсселе и в 1913 г.—в Копенгагене. По своим уголовно-политическим воззрениям он был несколько правее учредителей Союза, примыкая к воззрениям классической школы уголовного права, что не мешало ему, однако, принимать отдельные положения социологов, в частности, в области практического законодательства. С 1906 г., после ухода И. Я. Фойницкого, В. Д. Набоков был бессменным председателем русской группы, и только призыв его в ряды армии в 1914 г. заставил его устраниться от активного участия в ее делах. В. Д. с умел почувствовать особые запросы, волновавшие русскую группу и, не ограничиваясь общими вопросами реформы уголовного права, поставил на обсуждение группы ряд больных для России вопросов, как вопрос о политических преступлениях, о суде по делам печати, о хулиганстве. При нем русская группа утратила свой характер организации, состоящей по преимуществу из должностных лиц судебного ведомства, и стала общественной организацией научных и широких юридических сил,

громко подымавшей свой голос в защиту принципов правового государства. Во многом уступая по своей эрудиции и научным трудам другим членам президиума, Набоков, тем не менее, успел снискать себе широкое признание за границей. Его выступления, блестящие с внешней стороны и серьезные по существу, прекрасное умение владеть иностранными языками, сердечность и мягкость в личных отношениях создали ему ряд иностранных друзей. В бытность его председателем русская группа по своей численности заняла первое место в ряду национальных групп и оказывала несомненное влияние на голосования Союза. Я припоминаю, как в 1912 г., после небольшой международной конференции в Париже, созванной для подготовки Копенгагенского конгресса, члены конференции были приглашены на заседание Генерального Тюремного общества, где докладчик, один из членов французской прокуратуры, сделал ряд предложений, направленных к крайнему усилению репрессии вплоть до восстановления телесных наказаний. В. Д. Набоков в прекрасной речи не постеснялся, что называется, „отчитать“ докладчика, вызвав горячие симпатии не только иностранных гостей, но и самих французов, устыдившихся такого выступления.

Пройдут годы, улягутся споры и страсти, на смену ушедшим придут новые деятели, и международное научное сотрудничество возродится. Но уже теперь, находясь в состоянии изолированности и, я сказал бы, некоторой инертности, мы не должны оставить без внимания смерть этих энергичных и талантливых криминалистов, так много способствовавших прогрессу уголовного законодательства и сближению научных интересов отдельных стран. Да будет память о них жива в наших сердцах.

П. Люблинский.

Допрос обвиняемого в новом процессуальном кодексе.

Одной из гарантий личной свободы в правовом государстве является презумпция невиновности, в силу которой никто не может считаться преступником, пока не доказано совершение им преступления; прямым последствием этого является необходимость организовать уголовный процесс таким образом, чтобы каждый гражданин был огражден в своих правах и чтобы рассмотрение вопроса о его виновности было совершенно об'ективным, а решение, выносимое по этому вопросу, было основано не на произволе судьи, а на обстоятельствах дела. Для этого требуется наделение обвиняемого определенными правами, которые гарантировали-бы выполнение указанных выше требований. Одним из необходимых для того условий является предоставление обвиняемому возможности реализовать свое право на презумпцию невиновности, а это, в свою очередь, может иметь место лишь в том случае, когда процесс будет построен на состязательном начале, при котором обвиняемый выступит в процессе в качестве стороны, равноправной с государством-обвинителем.

Сказанное остается верным для уголовного процесса каждого государства, построенного на начале законности, и Россия наших дней, где законодатель стоит на точке зрения классовой юстиции, не может составить исключения. Классовая юстиция понимается, как охрана прав господствующего класса и борьба с врагами последнего, и этот исходный пункт соответствующим образом окрашивает материальное уголовное право

в известной его части; на построение же процесса идея классовой юстиции не может оказать такого влияния, так как здесь идет речь не о том, как поступить с врагом господствующего класса, а о том, является-ли данный обвиняемый таким врагом. Поэтому процесс должен быть построен так, чтобы решение этого вопроса было об'ективным, а это влечет за собой, в качестве гарантии, необходимость соблюдения начал состязательности, и никакие из'ятия, влекущие за собой сужение прав еще не осужденного гражданина, не могут и не должны иметь места.

Чередование начал состязательного и розыскного процесса может быть отмечено почти в каждом процессуальном институте в той его обрисовке, какая дана ему тем или иным законодательством, но особенно ярко выступают эти моменты в организации допроса обвиняемого, почему и представляется особо интересным рассмотреть, как построен допрос обвиняемого в новом русском Уголовно-процессуальном Кодексе, и являются-ли положительными или-же нежелательными те особенности, которые Кодекс этот нашел нужным установить.

Допрос обвиняемого может иметь место на дознании, во время предварительного следствия и во время следствия судебного. Что касается первой из указанных стадий процесса, то Кодекс говорит здесь лишь о возможном, но не обязательном допросе, причем избегает этого последнего термина и предусматривает лишь опрос подозреваемого лица (Ст. 104), причем не дает никаких указаний относительно порядка, срока и формы этого опроса. Поэтому возможны случаи, когда во все время производства дознания, предельный срок которого установлен в 1 месяц (Ст. 107), подозреваемое лицо может остаться недопрошенным. Порядок этот, конечно, не может считаться правильным, так как он существенно нарушает права подозреваемого лица, своевременный допрос которого зачастую может осветить положение дела и ускорить его производство. Кроме того, эта необязательность опроса влечет за собой, в качестве весьма возможного последствия, и то обстоятельство, что подозреваемое лицо может в течение всего дознания, оставаться в неведении, по какому делу он привлек к себе внимание органов дознания, а иногда даже и лишен свободы, ибо закон (Ст. 106) обязывает органы дознания — в целях гарантии прав задержанного—сообщать суду, следователю и прокурору о причинах задержания, но умалчивает о такой-же обязанности в отношении подозреваемого лица.

Указанный пробел, допущенный Кодексом, несомненно, будет до известной степени восполнен практикой, так как органы дознания естественно будут уделять достаточное внимание опросу подозреваемого лица, как весьма реальному способу раз'яснения дела. Но здесь возникает вопрос о том, каковы порядок и условия этого опроса. В законе нет по этому поводу никаких указаний, а между тем, вопрос этот настоятельно требует своего разрешения. Отказ Кодекса от употребления термина „допрос" мог бы дать основание предполагать, что законодатель считает возможным освободить опрос от всяких формальностей, не придавая существенного значения этому действию органов дознания, но это не совсем так. Весьма многочисленны будут те случаи, когда опрос подозреваемого лица будет носить характер допроса в обычном смысле этого слова; тогда уже потребуются известные гарантии, так как материал дознания может послужить основанием для предания обвиняемого суду (ст. 226, 237); более того, закон предусматривает возможность оглашения в судебном заседании показаний, данных обвиняемым на дознании (ст. ст. 298, 299). Все эти обстоятельства приводят к выводу о необходимости установления формальной гарантии при допросе подозреваемого лица во время дознания, причем должно признать, что так как материал дознания в целом ряде случаев

приравнивается по своему значению к материалам, добытым на предварительном следствии, (ст. ст. 226, 298—301), то условия, соблюдаемые на этом последнем, должны найти себе применение и во время дознания, в каковом смысле и должны быть даны раз'яснения в тех инструкциях, которые, нужно думать, будут издаваться прокуратурой для органов дознания.

Что касается предварительного следствия, то здесь Кодекс, учитывая всю важность этой стадии процесса, стремится к возможно более полному разрешению могущих возникнуть вопросов. Устанавливая, прежде всего, время допроса, Кодекс предписывает следователю произвести таковой не позже, как в течение 24-х часов по явке обвиняемого или по его приводе (ст. 137); производство допроса после этого срока возможно лишь при наличии особых исключительных обстоятельств; положение это, хотя прямо и не указано в законе, но вытекает из смысла всей 137-ой статьи, обязывающей следователя отметить в протоколе о причинах имевшего место промедления. Было-бы при этом неправильно полагать, что следователь в праве без достаточных оснований отнести допрос к концу суточного срока; этот последний является предельным, и следователь, по мысли закона, обязан стремиться произвести допрос немедленно по явке обвиняемого или по его приводе [1]).

В указанной выше 137-ой статье, как и в других статьях XI-ой главы Кодекса, идет речь о допросе обвиняемого; под этим последним понимается лицо, которое постановлением следователя привлечено к делу в качестве обвиняемого, в виду наличия „достаточных данных, дающих основание для пред'явления обвинения в совершении преступления" (ст. 131); те-же, о ком такое постановление еще не состоялось, именуются подозреваемыми лицами (см. ст. 148). Практика до-революционного периода, как и последующая, знала и знает случаи допроса предполагаемого обвиняемого; случаи эти неизбежны, так как весьма часто допрос подозреваемого лица дает ценные указания, могущие раз'яснить дело и повлечь за собой либо привлечение допрошенного лица к делу в качестве обвиняемого, либо освобождение его от павшего на него подозрения. Поскольку подозреваемые лица не являются обвиняемыми в формальном смысле этого слова, они могут быть допрошены лишь в качестве свидетелей. Но при этом может создаться весьма нежелательная практика, при которой „следователь допрашивает заподозренного в качестве свидетеля для того, чтобы путем допроса, скрывая от него тяготеющее над ним обвинение, обнаружить недостающие к его обвинению улики и затем уже допросить в качестве обвиняемого" [2]); такая практика недопустима потому, что допрос подозреваемого лица в качестве свидетеля может быть оправдан лишь в тех крайних случаях, когда он по обстоятельствам дела представляется необходимым и не может быть заменен ничем другим. При этом условия допроса должны быть несколько модифицированы. Свидетель, по общему правилу, обязан, под страхом наказания, давать показания; такой обязанности, как мы увидим ниже, действующее право не возлагает на обвиняемого, исходя из того, что никто не может быть принуждаем к даче показаний против самого себя. Это общее положение, вытекающее из основных принципов современного процесса, целиком применимо и к подозреваемому лицу, которое поэтому не подлежит ответственности за отказ от дачи показаний относительно обстоятельств, его уличающих, равно как не подлежит ответственности за дачу ложных показаний в этой части.

---

1) Ср. В. Случевский. Учебник русского уголовного процесса, 1913 г., стр. 350.
2) Случевский, стр. 352.

Переходя к порядку допроса обвиняемого, нельзя не заметить, что в новом процессуальном Кодексе содержится недоговоренность по одному из основных моментов—именно, по вопросу о праве обвиняемого отказаться от дачи показаний. Проект уголовно-процессуального Кодекса [1]), а также положенный в основу этого проекта—Проект положения о порядке производства уголовных дел, выработанный комиссией при Наркомюсте УССР [2]), содержат в себе ст. 157-ю, гласящую, что „обвиняемый имеет право отказаться от дачи показаний или от дачи ответов на отдельные вопросы, каковое право должно быть раз'яснено обвиняемому перед допросом"; равным образом, 311-я ст. Проекта (ст. 310 Проекта украинского) предписывает председателю делать аналогичные раз'яснения подсудимому во время судебного заседания; в текст же закона 157-я статья, как и соответствующая часть статьи 311-й не вошли. Чем руководился законодатель, вычеркивая указанные выше положения? Считал-ли он, что право обвиняемого не давать показаний столь элементарно, что не нуждается даже в упоминании, или-же он право это отрицал? Ст. 284-я Кодекса может дать некоторые основания принять последнее из указанных предположений; именно, согласно этой статье, председатель раз'ясняет подсудимому сущность обвинения и опрашивает, признает-ли подсудимый себя виновным и желает-ли он немедленно давать показания. Отсюда можно заключить, что закон предполагает, как нечто непременное, дачу подсудимым показаний и предоставляет ему право разрешить вопрос о времени допроса; лишнее подтверждение этому можно найти в том, что соответствующая статья проекта (314-я) слово „немедленно" в себе не содержала и, следовательно, подчеркивала право подсудимого вовсе отказаться от дачи показаний. Но было-бы совершенно неправильным на основании указанных выше соображений придти к выводу, что новый Кодекс отнял у обвиняемого право на молчание. Право это тесно и неразрывно связано с положением обвиняемого в состязательном процессе, где он является, прежде всего и главным образом, стороной, которая имеет право бороться с противником-обвинителем, но вовсе не обязана помогать ему дачей показаний. Это общее положение подтверждается и тем обстоятельством, что 139-я статья Кодекса запрещает следователю добиваться показаний обвиняемого путем насилия, угроз и других мер, что Кодекс нигде не содержит в себе указаний на обязанность обвиняемого давать показания и, напротив того, в одной из статей, упоминает о „желании" подсудимого давать показания (ст. 286); наконец, ни уголовно-процессуальный, ни уголовный Кодекс не содержит в себе никаких указаний на ответственность обвиняемого за отказ от дачи показаний или за дачу ложных показаний. Все эти соображения приводят к непреложному выводу о том, что и по новому Кодексу право обвиняемого не давать показаний остается ненарушенным; что-же касается 284-й статьи, то она должна быть понимаема в том смысле, что опрос подсудимого о том, в какой момент судебного следствия он желает давать показания, относится лишь к тому подсудимому, который не пожелал использовать свое право на молчание.

Если это так, то нельзя не пожалеть, что новый Кодекс не содержит в себе прямого признания, указанного выше неотъемлемо принадлежащего обвиняемому права, но предпочитает хранить молчание по этому поводу. Такое отношение Кодекса к данному вопросу имеет, прежде всего, принципиальное значение, так как свидетельствует о нежелании открыто декларировать одно из основных прав обвиняемого как стороны, представляющее собой яркое выявление принципа состязательности. Кроме того,

---

[1]) Проект положения о порядке производства уголовных дел. Москва, 1922.
[2]) Вестник Советской Юстиции на Украине, 1922 г. № 1.

указанное молчание Кодекса может иметь и существенные практические последствия. Легко представить себе те случаи, когда перед следователем или судом предстанет в качестве обвиняемого лицо, не знающее принадлежащих ему процессуальных прав; следователь (или судья), не будучи обязан к тому прямым предписанием закона, не предварит обвиняемого о его праве отказаться от дачи показаний, а обвиняемый, стоящий пред представителем власти, не осмелится „ослушаться" и не отвечать на вопросы, и, в конечном итоге, у обвиняемого будет отнята возможность реализовать свое право. Если это даже произойдет без особого на то „умысла" со стороны лица, производящего допрос,—это будет все-же достаточно нежелательным явлением; если-же такое положение вещей явится результатом того, что следователь (или судья), рассчитывая на незнание обвиняемым своих прав, потребует от него, хотя-бы и не нарушая 139-й статьи, дачи показаний, на-лицо будет глубоко печальное и недопустимое нарушение общего смысла закона. Между тем, все эти столь-же возможные, сколь и нежелательные явления легко могли-бы быть устранены, если-бы Кодекс, следуя Проекту, вменил в обязанность лицам, производящим допрос, предварять обвиняемого об его праве отказаться от дачи показаний.

В качестве гарантии прав обвиняемого при допросе Кодекс нашел возможным ограничиться указанной выше 139-ой статьей, воспрещающей прибегать к насилию, угрозам и другим подобным мерам. Не трудно видеть, что этого недостаточно. Применение следователем угроз и насилий представляет собой грубое нарушение элементарных правил производства допроса и, поэтому, не будет иметь места там, где следователь сколько-нибудь сознательно относится к своим обязанностям. Зато самый добросовестный следователь легко может впасть в искушение „уловить" обвиняемого путем различных ухищрений во время допроса. В розыскном процессе, где обвиняемый рассматривался только как источник доказательства и где стремились добиться „наилучшего" доказательства-признания, такое улавливание было введено в систему и лежало на обязанности следователя, особенно после отмены пытки, когда уже нельзя было вырвать у обвиняемого сознание путем физического насилия и надо было заменить последнее другими, более тонкими приемами. Но сущность состязательного процесса сводится к тому, что обвиняемый может вовсе не фигурировать в качестве источника доказательств и что этих последних, по общему правилу, должен искать в другом месте; поэтому-то, целый ряд кодексов, борясь с указанной выше тенденцией следователей, вводит правило относительно формы задаваемых обвиняемому вопросов, запрещая такие из них, которые имеют целью улавливание допрашиваемого. Так, Уст. Угол. Суд. 1864 г. требует чтобы вопросы, задаваемые обвиняемому, были кратки и ясны (ст. 404); другие кодексы, как Норвежский (§ 258), Австрийский (§ 200), Венгерский (§ 135) присоединяют к этому еще запрещение задавать вопросы неясные, двусмысленные, неопределенные и рекомендуют избегать вопросов наводящих. Уголовно-процессуальный Кодекс РСФСР не содержит в себе никаких указаний на форму вопросов, причем умолчание это не может быть об'яснено случайностью. Украинский проект содержит в себе 160-ую статью следующего содержания: „Предлагаемые обвиняемому вопросы должны быть кратки и ясны; не могут быть задаваемы вопросы наводящие, двусмысленные, а также вопросы, в которых представляются установленными такие обстоятельства, которые лишь надлежит установить"; статья эта целиком перешла в Российский проект (ст. 160), но в текст закона введена не была. Что имели в виду редакторы Кодекса, вычеркивая эту статью проекта? Полагали-ли они невозможными на практике такие вопросы и потому считали лишним оговаривать их недопустимость или-же находили их вполне приемлемыми? Первое несоответствует реаль-

ной действительности, второе—положению обвиняемого как стороны, имеющей право требовать, чтобы государство-обвинитель не использовал, путем различных ухищрений, и без того затруднительное положение лица, которому пред'явлено обвинение в совершении преступления. Как-бы то ни было, мотивы, руководившие законодателями, остаются неизвестными, и умолчание Кодекса легко может привести к тому, что такие недопустимые вопросы будут часто находить себе место, причем следователь и судья будут считать себя в праве прибегать к улавливанию обвиняемого, раз это может содействовать раз'яснению дела и законом не воспрещено.

Определяя порядок составления протокола допроса, Кодекс вводит чрезвычайно интересное и полезное новшество, рекомендуя отмечать в протоколе, по возможности, заданные обвиняемому вопросы и данные на них ответы. Общеизвестным является тот факт, что произведенная на предварительном следствии запись крайне несовершенно передает содержание данного показания, причем, среди других недостатков, имеет значение и невозможность установить, что было сказано допрашиваемым лицом по его собственной инициативе и что явилось ответом на заданные вопросы. Между тем установить это является иногда чрезвычайно важным: не редки случаи, когда та или иная фраза, содержащаяся в показании, получает совершенно иное освещение, если удается выяснить, что она является ответом на вопрос; кроме того, если известно содержание и форма вопроса, легче определить ценность ответа; таковы случаи, когда задан был вопрос наводящий. В производстве судов революционного периода нередко в протокол допроса заносились вопросы и данные на них ответы; эта здоровая практика была учтена Украинским проектом, который предписывает отмечать, по возможности, в протоколе допроса задаваемые обвиняемому вопросы и данные на них ответы (ст. 162); положение это перешло в Российский проект (ст. 162), а затем—и в Кодекс (ст. 141). Интересно отметить, что русская практика, а за нею и Кодекс, в данном случае пришли самостоятельным путем к положению, которое содержится в некоторых Западно-Европейских процессуальных уставах; так, кодексы Австрийский (§ 104) и Венгерский (§ 121) предписывают отмечать в протоколе вопросы, поскольку это необходимо для уяснения полученного ответа; дальше идет Итальянский кодекс, который требует, чтобы в протоколе отмечалось, что сказано допрашиваемым лицом по его собственной инициативе, и что явилось ответом на заданный вопрос (§ 84).

Указанное требование нового русского процессуального Кодекса относится лишь к протоколу допроса, производимого на предварительном следствии; правила-же о протоколах судебного заседания (ст. 84) таких специальных указаний в себе не содержат. Несомненно, что на судебном заседании, где дело решается по существу судьями, лично выслушавшими показание, соблюдение правила, указанного в 141-ой статье, не имеет столь существенного значения, как на предварительном следствии, материал которого может быть оглашен на суде и лечь в основу приговора; поэтому, запись обычного типа, без выделения отдельных вопросов и ответов, будет господствующей; вместе с тем, нельзя отрицать за судом права вести протокол допроса на судебном заседании, согласно правилам 141-ой статьи, равно как нельзя лишить стороны права требовать отметки в протоколе заданных вопросов и полученных на них ответов.

Допрос подсудимого на судебном следствии начинается опросом, признает-ли он правильным пред'явленное ему обвинение и в какой момент судебного следствия он предпочитает дать показание. Следуя за Уставом Угол. Суд. (ст. ст. 681, 682), новый процессуальный Кодекс дает право суду не производить дальнейшего судебного следствия, если подсудимый, признавший себя виновным, дал показание, которое удовлетворяет суд и стороны; при этом, однако, по требованию кого-либо из судей или из сторон, суд обязан произвести судебное следствие, несмотря на наличие признания подсудимого (ст. 286 ч. I.). Если-же подсудимый не признает себя виновным и желает дать показание, то суд решает, выслушать-ли подсудимого немедленно или ранее допросить свидетелей. Здесь можно видеть некоторое улучшение в сравнении со сложившейся в революционный период практикой. Эта последняя установила, как общее правило, что допрос подсудимого, хотя-бы не сознавшегося, начинает собой судебное следствие, а иногда и составляет центральную его часть. [1]) Система допроса подсудимого в начале судебного следствия является прямым последствием розыскного процесса и находит-себе место в целом ряде Западно-Европейских процессуальных кодексов; выгодно выделялся в этом отношении русский устав Угол. Суд. 1864 г., который, как правильно было признано Сенатом, не допускал допроса несознавшегося подсудимого в начале судебного следствия. Эта последняя система является более правильной, так как процесс должен быть организован таким образом, чтобы всегда можно было, в случае надобности, обойтись без показаний подсудимого; поэтому, допрос последнего должен быть отнесен к концу судебного следствия, где он послужит к лучшему раз'яснению дела; если-же допрос имеет место в начале судебного следствия, то это содействует тому, что суд стремится добыть нужные ему данные, прежде всего и главным образом, из показаний подсудимого, на которого начинают поэтому смотреть, главным образом, как на источник доказательств, а не как на равноправную сторону.

Украинский проект, следуя за сложившейся практикой, начинал судебное следствие допросом подсудимого (ст. 312-314), проект-же Российский (ст. 315), а за ним и Кодекс (ст. 385-386) предоставляют суду право определять момент допроса. Не приходится сомневаться в том, что на практике чаще всего допрос подсудимого будет предшествовать рассмотрению другого имеющегося в деле материала, но все-же, поскольку закон не делает этого порядка обязательным, открывается возможность хотя-бы частичного улучшения постановки судебного следствия.

К положительным сторонам установленного новым русским процессуальным Кодексом порядка допроса подсудимого должно быть отнесено и то, что допрос этот производится не только председателем, но и судьям, и сторонам также предоставлено право допроса, и притом непосредственного. Ряд Западно-Европейских кодексов, как например, Германский (§ 237), Австрийский (§ 232), Итальянский (§ 385), поручают допрос подсудимого председателю, а Венгерский Кодекс, помимо того, содержит в себе прямое запрещение кому-либо, кроме председателя, задавать вопросы подсудимому, как через посредство председателя, так и непосредственно (§ 304). Такой порядок не может быть признан правильным: если подсудимый дает показание и является, таким образом, источником доказательств, то порядок извлечения нужных для суда и сторон сведений, должен быть обычным, и стороны не могут быть лишены права допраши-

---

[1]) См. Б. Куликов. Допрос подсудимых в нашей практике. „Вестник Советской Юстиции", 1922 г. № 2.

вать подсудимого. Русская судебная практика, сложившаяся при действии Устава Угол. Суд., позволяла сторонам обращаться к подсудимому лишь через председателя; практика-же революционного периода обратилась к более простому и естественному порядку непосредственного допроса подсудимого сторонами, и порядок этот вполне правильно принят и Кодексом (ст. 287).

Но в то же время другой существенный момент, относящийся к допросу подсудимого, очерчен в Кодексе не совсем так, как этого можно было желать. Речь идет об удалении подсудимого на время допроса свидетелей и других подсудимых. Такое удаление может оказаться необходимым в некоторых случаях, когда требуется, чтобы подсудимый, ранее его допроса, не был осведомлен о содержании показаний других подсудимых, а также когда допрашиваемое лицо связано присутствием подсудимого и недостаточно свободно дает свои показания. Поэтому, удаление подсудимого известно почти всем кодексам, причем эти последние стремятся охранить права подсудимого тем, что обязывают суд изложить подсудимому все, происшедшее в его отсутствие.

Практика судов, созданных революцией, знает слишком частые случаи удаления подсудимых, главным образом, на время допроса других подсудимых; стремясь ввести практику в нормальные границы, Украинский проект создал 315-ую статью, согласно которой каждый из подсудимых может быть допрошен в отсутствие других подсудимых лишь по мотивированному определению суда. Формула эта далеко не достаточна, так как она не содержит в себе указаний на те условия, при которых возможно удаление. Российский проект, вместо того, чтобы восполнить указанный пробел, вовсе запретил допрос подсудимого в отсутствие других подсудимых (ст. 317, Примечание) и тем самым принял положение, которое шло против требований жизни. Учитывая это, Кодекс допустил допрос подсудимого в отсутствие других подсудимых, оговорив, что это может иметь место „только в исключительных случаях, если этого требуют интересы раскрытия истины“ (ст. 287, примечание). Из текста закона не трудно видеть, что Кодекс рекомендует прибегать к удалению подсудимых лишь как к крайней мере, но этого недостаточно для того, чтобы помешать нежелательным явлениям, могущим иметь место в данной области; для этого нужно было ввести более конкретные указания, определяющие условия, при которых удаление подсудимого является возможным. Кроме того, нельзя не отметить, что Кодекс не содержит в себе предписания суду рассказать подсудимому, по его возвращении в зал заседания, все происшедшее в его отсутствие. Это умолчание Кодекса должно признать случайным, так как нельзя допустить, чтобы законодатель считал нормальным оставление подсудимого в неведении относительно показаний, данных в его отсутствие, и тем самым санкционировал резкое нарушение принадлежащего подсудимому права знать все, происходящее на суде, и противопоставить свои доказательства собранным против него уликам. Тем не менее, умолчание это может привести к печальным последствиям, если суд признает за собой право не сообщать подсудимому содержание показаний, данных в его отсутствие; такие случаи имели место[1]), и, в целях борьбы с этим, практика должна на первых же порах восполнить пробел, допущенный законом, соответственным раз'яснением суду лежащих на нем, в данном случае, обязанностей.

Далеко не всегда возможно ограничиться показаниями, даваемыми на суде, и приходится поэтому пользоваться иногда показаниями, данными на предварительном следствии и даже на дознании. Применимость этого

---

[1]) См. указанную статью В. Куликова.

положения полностью к показаниям подсудимого встречает возражения. Допустимость прочтения показаний умершего подсудимого или подсудимого отсутствующего не вызывает тех сомнений, какие возникают в отношении вопроса об оглашении показаний в случае запамятования подсудимым каких-либо обстоятельств или при наличии противоречий в показаниях, разновременно данных. Оглашение показаний, при указанных условиях, рассматривается некоторыми, как принуждение подсудимого к даче показаний и как усиление начал розыскного процесса [1]). Утверждения эти не могут быть признаны убедительными. Подсудимый в праве отказаться от дачи показаний. Если же он этого права не использовал и выступил в качестве источника доказательств, то порядок получения нужных суду сведений, иначе говоря, условия допроса могут быть только обычными, и если допустимо прочтение показаний свидетеля при условии противоречий или запамятования, то это же возможно и в отношении показаний подсудимого, тем более, что запрещение такого оглашения заставляет часто суд и стороны изыскивать другие способы уличения подсудимого, что лишь ведет к ухудшению положения последнего. Сенат, разъяснивший в 1911 г., что могут быть прочитываемы данные на предварительном следствии показания подсудимого при наличии противоречий, был неправ, так как это было не согласно с действовавшим тогда Уставом Угол. Суд., но у законодателя нет никаких оснований не допускать такое оглашение показаний, и новый русский Кодекс стал на иной путь, допустив прочтение ранее данных показаний подсудимого, при условии запамятования или при наличии противоречий (стр. 298).

Но в то же время Кодекс пошел слишком далеко, когда допустил прочтение ранее данного показания в случае отказа подсудимого от дачи показаний на судебном следствии (ст. 298, примечание). Подсудимый в праве в любой момент процесса отказаться давать показания, и принуждение его к отказу от этого права не должно иметь места. Поэтому, если подсудимый, давший ранее показание, отказывается сделать это на судебном следствии, он тем самым обязывает суд отыскивать всякого рода другие доказательства, но только не исходящие от подсудимого, который теперь выступает уже исключительно в роли стороны; прочтение, в этом случае, ранее данных показаний сводит на нет возможность для подсудимого отказаться давать показания и умаляет его право, как стороны, не служить источником доказательств и не помогать обвинению. Такова была позиция Российского проекта, в которой имелось примечание к 329-ой ст. следующего содержания: „В случае отказа подсудимого на судебном следствии от дачи показаний, прочтение показания, данного на предварительном следствии или на дознании, не допускается"; Кодекс же стал на прямо противоположную точку зрения, указав в примечании к 298-ой ст., что в указанном случае „подлежат прочтению показания, ранее данные на предварительном следствии или на дознании". Нелишне заметить, что оглашение ранее данного показания подсудимого при указанных условиях, известно и некоторым Западно-Европейским кодексам, как например, Австрийскому (§ 245), Венгерскому (§ 305) и Норвежскому (§ 329); все они, однако, делают прочтение показания факультативным и предоставляют это усмотрению суда; русский же Кодекс делает, согласно точному смыслу закона, прочтение обязательным и этим лишь усугубляет допущенное им отступление от начал состязательности.

Таковы основные черты постановки допроса подсудимого в новом русском процессуальном Кодексе. Здесь имеется ряд правильных положе-

---

[1]) См. Розин. Уголовное Судопроизводство 1914 г., стр. 359, и указанную там литературу.

ний, имеются улучшения сравнительно с практикой наших дней, но в тоже время находят себе место и такие моменты, которые представляют собой отступление от основных принципов уголовного процесса,—именно от начала состязательности и идеи охраны прав личности. Отступления эти не оправдываются ни практическими, ни теоретическими соображениями и должны быть устранены из того Кодекса, который будет отныне определять структуру уголовного процесса в России.

М. Гродзинский.

Очерки тюремной психологии.

Не спертый и тяжелый *дух* в тюремной камере, не количество воздуха, приходящееся на арестанта, интересует автора настоящих строк, а живая *душа* человека, заключенного в тюрьму, с особенностями его переживаний за высокими стенами, за крепкими дверями, под охраной внутренней и внешней стражи.

Давно бы пора нам, криминалистам, заинтересоваться этим.

В продолжение более ста лет мы, то справедливо негодовали, когда нам, не при особенно частых наших посещениях мест лишения свободы, приходилось вдыхать в себя отвратительную вонь „парашек“, то гордились, когда находили тюрьму „благоустроенною“. Более ста лет идет „тюремная реформа“. В конце 18 и в начале 19 века первый тюремный реформатор Джон Говард, не по своей воле попавший в тюрьму, находил темницы в холодных сараях, сырых подвалах, где люди жили без воздуха, без солнечного света, спали на земленом полу, покрытом водою... Это был настоящий хаос. Вновь народившаяся пенитенциарная наука должна была создать из хаоса новый мир тюрьмы. Она „отделила свет от тьмы“, дав арестантам солнце днем и электричество ночью. Она „отделила землю от воды“, дав местам лишения свободы паркетные полы, проведя в камеры водопроводные и канализационные трубы. Она установила в тюрьмах „порядок“, так называемый тюремный режим. Но она не вдунула в эти „Мертвые дома“ душу. Она ее добила.

На несчастье тюремного дела наиболее быстрыми в создании новой тюрьмы оказались проникнутые религиозным духом квакеры. Вместо целей простого социального приспособления преступника к условиям общественной жизни они выдвинули труднейшую задачу нравственного перерождения. Сами строгие исполнители требований религии, претерпевшие большие гонения за веру на родине—в Англии и эмигровавшие оттуда в Америку, они решили принудительно вести преступников к исправлению, а души их к спасению тем же путем, каким шли святые.

Святые удалялись от суеты мира в пустыни и пещеры, чтобы оставаться там в полном одиночестве. Квакеры решили создать одиночество для каждого арестанта, превращая его в келейника, отделяя его от мира и мир от него четырьмя стенами одиночной камеры.

Сподвижники становились столпниками и молчальниками. Квакеры делали столпника и молчальника из каждого вора, убийцы, из каждого преступившего веления уголовного закона.

Так пути к святости оказались у квакеров путями исправления. Они не привели ни к исправлению преступников, ни к уменьшению преступности.

Весь режим тюрьмы должен был внушать арестанту, что претерпеваемыми лишениями он должен искупить зло преступления. Один из служителей реформированной тюрьмы, духовник, проповедывал заключенному: „нет Христа без креста, несогбенного под его тяжестью, не распятого на нем. Ты-арестант. Железная решетка на твоем окне, замкнутые двери, форма твоей одежды говорят тебе, что ты потерял твою свободу. Бог не хочет попустить, чтобы ты далее злоупотреблял ею для греха и неправды. Посему он говорит тебе: „до сих пор, и не дальше. Наказание, назначенное тебе человеческим судом, нисходит от вечного судии, порядок коего ты нарушил и запреты коего преступил“... Так устами священника бог благословлял железные решетки, замкнутые двери, позорную одежду... Когда приступали к торжественной закладке новых усовершенствованных тюрем, то клали первый камень в основание алтарей будущих тюремных храмов, построенных нередко по келейной системе, при которой каждому богомольцу-арестанту отводился свой особый ящик. Тюрьмоведы занимались мудреными вопросами, сколько штатных духовников должно быть в тюрьме [1]). А преступность росла, несмотря на одиночные камеры со стенами, недопускающими перестукивания, несмотря на тюремные храмы, на жалкие тюремные библиотеки, на тюремные „маски“ и на тому подобные средства перевоспитания и исправления арестанта.

Тюрьмоведение, изобретая „тюремную архитектуру“, совершенствуя „тюремную гигиену“, уделяло свое внимание системе ватер-клозетных крышек в одиночных камерах и как будто забывало, что в этих камерах сидят люди не только с физиологическими отправлениями их организма, но вместе с тем и думающие, и чувствующие.

Эти тюремные думы и чувствования и составляют предмет изучения автора настоящих строк. Материалом для его очерков ему служили воспоминания и тюремные дневники заключенных, словари арестантского языка, тюремные песни и стихотворения, надписи на стенах тюремных камер и на страницах книг из тюремных библиотек, анкеты среди заключенных в тюрьмы и отбывших наказание, а также личные впечатления при посещении мест лишения свободы и немногие статьи по различным интересовавшим его вопросам в иностранной литературе. Сам он полагает, что современное состояние наказания лишением свободы в старых и новых тюрьмах совершенно противно человеческой природе, *противоестественно*. Дорого стоящие государству и доставляющие большие страдания заключенным тюрьмы лишь калечат арестантов и служат поставщиками преступности. Спасение он видит не там, куда ведет „тюрьмоведение“, не в улучшении тюрем, не в создании „усовершенствованных тюрем“, *а в разрушении тюрьмы* и замене ее социальною клиникою. Простой рассчет государственной и нашей общей выгоды требует этого.

Время в тюрьме.

Проблема восприятия времени в тюрьме, как и многие другие вопросы психологии лишения свободы, не привлекла к себе внимания ни вообще криминалистов, ни специально тюрьмоведов. Устанавливая деление наказаний тюрьмою на долгосрочное и краткосрочное заточение, они исходили при этом не из наблюдений за переживаниями арестантов, а из различных практических соображений, например, о постановке труда в тюрьмах, о просветительной работе среди заключенных и пр. Понятно,

[1]) Так, наприм., Познышев (Очерки тюрьмоведения. 1915 г. 182 стр.) требует, чтобы в тюрьмах с тысячным населением на службе должно быть два священника, из которых один должен считаться главным.

что организация труда в тюрьмах и просветительная деятельность должны строиться на разных основаниях для пребывающих в местах заключения долгие годы или лишь месяцы и недели. Но вместе с тем восприятие времени в тюрьме имеет такое громадное самостоятельное значение, что игнорирование его ничем не может быть оправдываемо.

Все, что тюрьма берет у арестанта и что она дает ему, связано со временем: оно несет ему волнения и лишения, оно же кладет конец тюремным переживаниям и дает ему свободу. Вот почему ни в одиночных, ни в общих камерах нет другого вопроса, который приковывал бы к себе внимание всех заключенных более, чем этот вопрос о сроке заточения. По признанию одного из авторов тюремных воспоминаний, в дневнике которого мы находим особенно много интересного психологического материала о восприятии времени, счет истекшей и остающейся части срока заточения составляет даже „основу жизни", дает „тон жизни", „смысл существованию" [1]). И здесь нет преувеличения. Все свидетельствует за это.

Стены камер испещрены так называемыми „календарями". Их составляют грамотные и неграмотные арестанты. Неграмотные отмечают черточками и крестиками каждый протекший день и ведут счет остающимся дням неволи. А грамотные составляют подробные росписания месяцев, чисел и дней недели таким образом, что в любое время они могут, взглянув на свой календарь, сказать, сколько каждый из них провел в тюрьме и сколько они пробудут в ней до дня их освобождения. Осужденные на срок более года ведут свое „летоисчисление" со дня начала наказания, и этот день становится для них вместо первого января днем нового года. Некоторые дни этих тюремных календарей отмечены, как праздничные, крестиками или кружечками. Это дни, когда истекают какие-либо значительные части назначенного срока наказания, например, четверть, треть, половина.

Потребность не только знать, но и видеть размеры протекшего и остающегося срока заточения так велика, и мысль о его подсчете так неотвязна, что даже предметы, не имеющие никакого отношения к исчислению времени, превращаются арестантами в мерила счета. Достоевский [2]) припоминает одного ссыльного, „у которого любимым занятием в свободное время было считать пали. Их было тысячи полторы, и у него они все были на счету и на примете. Каждая паля означала у него день, каждый день он отсчитывал по одной пале и, таким образом, по оставшемуся числу несосчитанных паль он мог наглядно видеть, сколько дней еще остается ему провести в остроге до срока работы". Один из политических заключенных одиночной Петербургской тюрьмы имел ленту, от которой он каждое утро отрезал кусочек и по зарубке на столе сравнивал, какая часть ленты уже срезана и какая еще осталась целой, и, таким образом, тоже наглядно видел, сколько времени он уже провел в тюрьме и сколько еще проведет в ней [3]). Немецкий тюремный священник рассказывает, как ему самому пришлось быть единицею времени: арестант, в камеру которого он регулярно, через определенные промежутки времени, заходил для религиозных бесед, высчитывал, сколько раз еще придется ему увидеть священника [4]).

Интерес к продолжительности своего заточения пробуждает у каждого интерес знать сроки лишения свободы всех остальных заключенных. В общих камерах арестанты, прежде чем спросить новичка: „за что ты здесь", спрашивают его: „на сколько ты здесь". Перед отправлением на суд каж-

---

[1]) *Александров.* Три года в одиночной тюрьме 1917.
[2]) *Достоевский.* Записки из мертвого дома 9 стр.
[3]) Александров назв. соч. 197 стр.
[4]) Kleemann „Die Zeit" „Archiv für Krim.-Antr", 43 Band. 316 стр. и след.

дого подследственного тюрьма строит не только догадки об его шансах на оправдание, но и предположения о сроках наказания в случае осуждения.

Вопрос о сроках — самая распространенная тема арестантских разговоров. Там, где разговоры запрещены и где господствует система молчания, даже способ повязывать галстук (узел с правой или с левой стороны, спереди и пр.) служит показателем срока наказания обладателя этого галстука [1]).

Арестантская письменность выработала особые знаки для обозначения разных сроков времени: и при недозволенных письменных сношениях тема о сроках—самая излюбленная. У немецких арестантов существуют такие обозначения: время обозначается часами с цепью. Год — венком; сколько венков, столько и лет. Месяц — стрелою. Пасха — сковородою, колбасами, свиною головою. Троица — кадильницею с ладаном. Лето — колосьями на корню. Весна — всходящим посевом. Ночь — полумесяцем со звездами. Октябрь — деревом с листвою. Ноябрь — оголенным деревом. Декабрь — зайцем.

Как идет в тюрьме время? *Клееман* отмечает, что ответы заключенных на этот вопрос разнятся. При оглядывании назад, на протекшую часть срока, некоторым заключенным кажется, что время протекло быстро, другим же, наоборот, оно представляется безконечно долгим. *Александров* говорит о „ходячем мнении относительно быстрого течения времени в тюрьме“ и считает его ложным: одни, побывавшие в тюрьме, бравируют, не желая показаться молодушными, другие не хотят огорчать близких своими муками. Он отмечает также свойство человеческой памяти охотнее воспроизводить приятные впечатления, чем тяжелые. Заключенный же, перенеся „убийственно медленные первые дни ареста, проникается обманчивою мыслью, что время идет скорее“.

Может быть, *Клееман* более прав в данном случае, говоря, что „время есть нечто совершенно суб'ективное, связанное с думающим, мыслящим и способным к воспоминаниям существом; где нет такого существа, там нет и того, что мы зовем временем“. При таком определении времени, о том, для кого время протекает в тюрьме быстро, можно только сказать: „он мало пережил физически и психически, наказание не оказало на него значительного психического влияния“.

Самому мне ни в ответах на нашу анкету, ни в литературе не приходилось встречать указаний на быстрое течение времени в тюрьме. Наоборот, указания противоположного характера — совершенно обычное явление.

Оскар Уальд в „Балладе Рэдингольской Тюрьмы“ сравнивает каждый день в тюрьме с годом

„Мы, узники, одно мы знаем,
Что прочен свод стены,
Что день в тюрьме подобен году,
Что дни его длинны“...

Для характеристики течения времени в тюрьме заключенные употребляют такие слова и сравнения, которые сами по себе показывают на чрезвычайную медленность течения времени. Так, *Александров* употребляет глагол „изживать“, *Клейнброт* отмечает в своем дневнике о себе, что он точно не живет, а умирает медленною смертью и хоронит день за днем в тюрьме [2]).

Еще медленнее движется время в заточении, если арестант не знает срока, который ему придется провести в тюрьме. На соответствующие

---

[1]) Kleemann назв. соч.
[2]) *Клейнброт* см. „Соврем. Мир“ 1909 № 6, 6 стр.

вопросы тюремной анкеты получаются ответы, образчиком которых могут служить, например, следующие: „невыясненность положения страшно угнетала. Сидишь и не знаешь, день, месяц, год, всю жизнь останешься тут. Возможны всякие случайности, которые могут повлиять на срок... и всякая уверенность, всякое спокойствие теряются. Человек не может жить без перспектив, а их-то здесь и не хватает. Ожидать месяц, два, три— пустяк, но о близком часе свободы я узнал, когда в бесплодных рассчетах совсем заболел душой". Или другой ответ: „Было нестерпимо тяжело вначале, пока была неизвестность, узнав же, что надо сидеть 11 месяцев, (кажется не мало) сразу воспрянул духом: завел календарь, распределил время, стал заниматься, строить планы"... [1]).

Таковы ответы бывших политических заключенных, дававших их иногда долгое время спустя после выхода из тюрьмы. Но таковы же ответы, полученные нами от неинтеллигентных политических, от уголовных арестантов обоего пола, еще пребывавших за тюремными стенами (в августе и сентябре 1919 г.). Разница лишь в выражениях.

Женщины, заключенные в Московскую женскую тюрьму, отвечали нам на листах нашей анкеты: „как действует на них незнание срока их заключения", хотя и короткими фразами, но, вместе с тем, умели найти такие слова, которые не оставляют никакого сомнения, что переживания в данном случае какой-нибудь воровки, проститутки те же, какие описывает более подробно и красочно интеллигентный политический заключенный.

„Не знаю и томлюсь". „Сильно беспокоюсь, думать ни о чем не могу". „Срока не знаю и надежды нет". „Беспокоюсь, когда и чем все это кончится". „Не знаю, а это тяжело". „Не знаю и чувствую себя угнетенно". Вот ответы молодых и старых, жен, матерей, бессемейных, работниц, портних, крестьянок...

В одиночной Московской тюрьме (Таганской) мужчины, пребывавшие там осенью 1919 г., отвечали на этот же вопрос анкеты в том же смысле. Железно-дорожный слесарь 24 лет отвечал: „незнание срока было ужасно тяжело". Крестьянин 48 лет: „тяжело сидеть, хочу скорее знать свою судьбу". Конторщик 18 лет: „знать срок лучше-успокаивает, незнание волнует". Рабочий слесарь жалуется на плохое самочувствие, незнание срока отбивает у него охоту к работе. Даже боящийся расстрела признается: „хотел бы знать срок, хотя боюсь расстрела". Очевидно, в нем борятся два чувства: с одной стороны, его томит неизвестность, сколько же он пробудет в своей одиночке: ему хочется поскорее разорвать эту темную завесу, скрывающую от него будущее, а с другой, он боится выйти из этой неизвестности срока, опасаясь, что завеса скрывает от него его собственную смерть. Попавший в тюрьму второй раз столяр 25 лет делает вывод из своих переживаний: „знать срок лучше—спокойнее, устраиваешь свою судьбу согласно сроку". А еще более „опытный" слесарь 18 лет, попавший в тюрьму уже в третий раз, делает вывод не только о себе, но вообще о срочном заключении: срочный чувствует себя лучше.

На все ответы пришелся только один, признавший, что „лучше срока не знать, потому что тогда не ждешь его и не нервничаешь" (сапожник 19 лет, крестьянин, холостой).

Александров удачно поясняет переживания в первые дни ареста, при незнании срока и своей судьбы, напоминанием читателю тех случаев, „когда приходится долгое время находиться в напряженном состоянии, например, перед вызовом к экзамену, в приемной врача и т. п. Эти часы ожидания утомляют хуже всякой работы... Часы идут так медленно, а

---

[1]) *Огранович.* К вопросу о тюрем. психол. „Вестник Права" 1914 г.

впереди их так много, что не удивительно, если не выдерживают и в первые же дни прибегают к самоубийству".

Даже неточное знание срока освобождения отзывается пагубно на нервной системе заключенных: система относительно определенных приговоров в американских реформаториях дает администрации право условного освобождения арестанта на много лет раньше того срока, который указывается в приговоре суда лишь как наивысшее время возможного задержания преступника. В литературе отмечались жалобы арестантов на тягость незнания дня выхода из тюрьмы, когда воля администрации может приблизить и отдалить его, и когда поэтому создается непрерывная напряженность ожидания. К томительности ожидания присоединяется также чувство раздражения и отчаяния, когда рассчеты на освобождение оказались ошибочными и срок заточения получился более продолжительным, чем думал заключенный. В этих случаях приходится как будто снова переживать первые дни ареста. [1])

Если знание срока имеет такое громадное значение для психологии заключенного, то чем же живет в тюрьме осужденный пожизненно! У него нет срока и как будто совсем нет будущего. Для него никогда не должна открыться дверь тюрьмы, захлопнувшаяся за ним. Он должен умереть в этой самой тюрьме, где так медленно идут дни и годы его заточения. На помощь к нему является надежда. Без нее, за самыми редчайшими исключениями, нет сил продолжать жизнь в тюрьме. Она успокаивает его, что изменчивые условия времени вычеркнут из его приговора страшные слова „без срока", „пожизненно", „вечно", „навсегда" и, хотя бы через длинный ряд лет, он выйдет на свободу. [2])

Насколько живуча эта способность надеяться, показывает факт, сообщаемый Тоббином: приговоренный к пожизненному заточению провел в тюрьме, хорошо ведя себя, тридцать лет. Он не пал духом, когда просьба его, состарившегося в тюрьме, о помиловании была отклонена. Через некоторое время он снова подал ее, но с тем же успехом, и снова не пал духом. Он подал ее и в третий раз, и только третье отклонение ее убило его: он покончил с собою самоубийством.

Среди шлиссельбуржцев было не мало „вечников". Один из них, Новорусский, приговоренный по одной из самых безпощадных статей уголовного кодекса, решительно заявляет, что не терял надежду, она „была смутная, неуверенная, непостоянная и колеблющаяся, но она была и не могло не быть ее, потому что состояние непрерывной безнадежности не свойственно здоровой человеческой организации". Администрация создавала всевозможные условия, чтобы потушить огонек надежды, и трудно „было при этих условиях бодрствовать непрерывно со светильником в руках, не давать ему потухнуть... И не было у нас примера, чтобы у кого нибудь этот светильник окончательно погас. Напротив, были примеры, когда потухал самый разум, а светильник все-таки горел... [3]).

Находившийся в той же Шлиссельбургской крепости товарищ Новорусского, Морозов, мудро не только сам не связывал своего освобождения с каким-либо определенным сроком, но советовал не определять этого срока и своим родным. В ответ на свой бессрочный приговор он призы-

---

[1]) *Градначес.* — Статья в сборнике под редакцией Гернет «Угол. право и социализм».

[2]) Уголовные уложения употребляют различные выражения для обозначения пожизненного заключения. Так, бельгийское и венгерское уложения употребляют термин «вечно», русское угол. улож. 1903 «без срока».

[3]) Былое 1906 № 12, стр. 219, 213 *Новорусский.*

вал их ждать „так сказать бессрочно", не приурочивая своих надежд к „определенному времени", чтобы не испытывать разочарования [1]).

Достоевский считал, что „надежда заключенного, лишенного свободы, совершенно другого рода, чем настоящим образом живущего человека. Свободный человек, конечно, надеется, например, на перемену судьбы, на исполнение к. н. предприятия, но он живет, действует, настоящая жизнь увлекает своим круговоротом вполне. Не то для заключенного: тут, положим, тоже жизнь—острожная, каторжная, но кто бы ни был каторжник и на какой бы срок он ни был сослан, он решительно, инстинктивно не может принять свою судьбу за что-то положительное, окончательное, за часть действительной жизни. (Записки из Мертвого Дома. 100 стр.).

Наблюдение за течением времени в тюрьме раскрывает одну психологическую черту, которой не знает свободная жизнь. Это стремление заключенного *делить* время. Оно представляется ему как бы в виде более или менее длинной дороги, которую он должен пройти. Пройти ее без остановок и передышек тяжело, особенно если конец ее теряется где-то далеко и иногда чуть виден. Тогда арестант-путник начинает делить свой путь на части. На предстоящей ему дороге, в разных местах ее, он мысленно заготовляет себе остановки, воздвигает станционные здания, дойдя до которых он вздохнет с облегчением и скажет себе, что часть пути уже пройдена. У каждого такого этапа он ставит себе как бы верстовой столб и читает на нем, сколько он прошел и сколько еще остается ему пройти.

Разделенное на части время представляется короче, меньше, потому что более короткая единица измерения протекает быстрее. Вот почему годы лишения свободы переводятся на месяцы, недели и дни. В дневнике Александрова мы находим много примеров такого деления. В виду особого интереса этого процесса деления и постоянного исчисления разделенного времени я приведу здесь несколько выдержек из книги автора.

„Прошло уже 67 дней. Так день за днем пройдет и остальное время. Когда представишь себе только дни, то остающиеся 1029 дней не кажутся слишком большим сроком, но когда вспомнишь, что они составят три лета, три зимы и две весны, то продолжительность срока начинает давить". „Придет конец июля, исполнится пол-года срока, останется только два с половиною года, только!.." „Пока что, основной календарь мой исчерпывается следующими датами: 6 сентября пройдет 870 дней, останется тоже 870; 15 ноября останется 800 дней; 19 ноября пройдет 300 дней; 24 ноября пройдет 10 месяцев; 15 декабря пройдет 970, останется 770, разница 200; 14 января мой тысячелетний юбилей (считая тюремный день за год); 24 января годовщина отсидки; 23 февраля останется сто недель. Это пока предел желаний и надежд". „Сегодня давно желанный день, писал я 23 февраля, когда изжил первый месяц второго года". „Через две недели будет со дня ареста $34^1/_2$ месяца, останется $22^1/_2$, в барышах 12 или целый год. Не шутка!"... „Прошло 79 недель, осталось 77, разница уже две недели"!.. „При мысли о времени по окончании срока меньше волнуюсь: оно еще слишком далеко, а до наступления последнего года остается только 8 недель"!.. „Скоро уже, именно 19 января, пройдет 1370 дней со дня ареста, а останется 370, разница 1000! А ведь было же когда-то ужасное время, когда оставалось больше, чем прошло"... „Раньше оставалось 400 и больше, а с этого дня 399. Даже страшно делается при воспоминании, что было когда то 799 и даже 999"... „23 января не мог освободиться от гнетущей мысли,

[1]) Морозов. Письма из Шлиссельбургской крепости. „Вестник Европы". 1909 649 стр.

что осталось больше года"... „Думал о завтрашнем дне, когда уже с полным правом можно будет говорить: осталось меньше года. Как это будет хорошо"... „Припомнился давно забытый разговор с товарищем: очень ли были вы рады, когда наступила вторая половина? Да. Но вот была настоящая радость, когда осталась последняя треть: это совсем другое, когда знаешь, что прошло уже вдвое больше, чем осталось. А у меня к этому присоединяется мысль, что остающаяся треть составляет полный год, один год! Он будет подвигаться вперед и, при каждом повороте колеса времени, будет являться мысль:—Это последний раз! Скоро масленица—последняя масленица! Начнется весна—последняя весна"... „Что бы занять больше времени, придумал новый рассчет: сегодня остается 211 дней, а вдвое больше будет 422, это число оставалось 28 ноября; следовательно осталось столько, сколько прошло с 28 ноября, завтра же останется столько, сколько прошло с 30 ноября!—и кажется будто время подвинулось не на один день, а сразу на два. Пока этот рассчет был внове, он производил иллюзию большей скорости времени. но теперь он имеет значение лишь для разнообразия счета"...

Книга Александрова дает яркие примеры значения в жизни арестанта непрекращающегося исчисления времени с постоянным стремлением делить его на части. Некоторые ее страницы напоминают какую-то бухгалтерскую книгу, где тщательно учитывается „актив" и „пассив" прошедшего и остающегося времени заточения, производятся с ним разнообразные операции в виде сложения, вычитания, умножения и деления и всегда аккуратно дается баланс. В жаргоне русских уголовных преступников имеется выражение „разменивать время" со значением отбыть часть наказания; например, слова „разменять вторую сотню" означают, что осужденный начал отбывать вторую сотню дней своего наказания. Таким образом, слово, „размен" само по себе показывает на деление времени и общеуголовными арестантами.

Если для заключенного праздниками становятся дни истечения какой-либо значительной части его наказания, то дни больших праздников как будто удлиняют и отягощают его наказание.

Об'яснения этому надо искать в воспоминаниях о днях праздника на воле и в сравнении их с переживаемым положением в тюрьме.

На воле праздничные дни давали такие особые, из-ряда вон выходящие впечатления, которые глубоко врезывались в память. Возьмем в виде примера пасху.—С раннего детства до последней пасхи в нашей жизни раз в году перед нами повторяются одни и те же картины: „генеральная" уборка и чистка всего помещения, шитье в семье нового платья, которое будет надето на праздник, приготовление кулича и пасхи, окрашивание яиц, полуночная церковная служба, непрерывный церковный звон колоколов, сбор всей семьи вместе, хождение друг к другу в гости—все это резко выделяет великий праздник из ряда других дней и создает особое настроение.

В памяти заключенного встают эти картины и переживания. Окружающая его тюремная обстановка почти нисколько не меняется даже в эти дни. Запросы арестанта к тюрьме увеличиваются, но ее голые стены не слышат и не хотят знать их.

Так еще шире и глубже раскрывается в сознании арестанта пропасть между тем, „что было" на воле и чего нет здесь в тюрьме. Вот почему дни «светлого праздника» так мрачны и грустны в темнице.

Достоевский вспоминает, что арестанты ждали праздника Рождества Христова с „какою то торжественностью", были на богослужении в камере, а потом началось у них пьянство, разгул, драка: „весь этот бедный народ, говорит он, хотел повеселиться, провести весело

великий праздник—и, Господи, какой тяжелый и грустный был этот день чуть не для каждого. Каждый проводил его как будто обманувшись в какой то надежде“ [1]).

Мы знаем эту обманутую надежду: картины далекого детства и праздничные переживания на воле не повторяются в стенах тюрьмы.

Мария Шеффер, мало останавливающаяся на внутренней стороне, на переживаниях и настроениях в тюрьме и сосредоточивающая свое внимание почти исключительно на описаниях внешней стороны жизни заключенных, дает картину приготовлений к встрече пасхи как христианками, так и еврейками.

Может быть, заключенные женщины больнее мужчин чувствуют неволю во время таких больших праздников: на свободе, в их мало разнообразной жизни, праздник пасхи всегда вносил особое оживление, именно на них больше всего падало бремя всех приготовлений к встрече пасхи, но им же больше всего принадлежало чести, если праздник встречался достойно и удачно. Из картины предпраздничных настроений в женской тюрьме мы и видим стремление арестанток создать себе все те хлопоты, которые они несут в эти дни на воле. Еврейки тщательно вымели и вычистили камеру, купив на свои деньги дров и керосину. Они постарались раздобыть из цейхгауза свои платья. С воли им были присланы маца, мясо, картошка. Те же картины наблюдались и у христианок: „всюду замечалось праздничное настроение, покрывавшее лица своеобразным оттенком ожидания и волнения..., душа куда то рвалась, хотелось чем-нибудь выразить свое приобщение к общему торжеству“ [2]).

Третий наблюдатель жизни уголовных арестантов, Брейтман, [3]) отмечает, что в кануны великих праздников „все арестанты поголовно бывают скучны и грустны, свобода дорога в эти дни особенно“.

Если в общих камерах уголовных преступников является, отмечаемое Шеффер, особое желание приобщиться к общему торжеству, то чувство одиночества нестерпимо давит в одиночных камерах. *Шингарев* писал в своем дневнике 31 декабря: „А как одиноко и грустно так встречать новый год“... Единственным, по его выражению, общением, доступным ему и его товарищу по заключению, в канун наступающего года было перестукиванье [4]). Видно, что недостаток непосредственного живого общенья был особенно ощутителен под новый год, и, конечно, воспоминания о встречах его на воле навеивали грусть на заключенного в одиночную камеру.

Подтверждение правильности такого об'яснения грустного настроения в дни больших праздников мы встречаем и у других авторов тюремных воспоминаний и несколько раз в дневнике Шингарева. Анонимный автор воспоминаний о шлиссельбургской крепости, отмечающий грустное настроение свое и соседа по камере на праздник пасхи, признается сейчас же, что пасха ему всегд напоминает детство [5]).

Новорусский удивляется „живучести“ в тюрьме праздничных „христианских впечатлений“, несмотря на все его негодование на „фарисейское лицемерие, славословящее дело любви и творящее дело злобы и вражды“. [6])

---

[1]) Достоевский. Записки из Мертвого Дома 143 стр.
[2]) *Мария Шеффер.* Среди арестанток 39 стр.
[3]) *Брейтман.* Преступ. мир. Киев 1901 г.
[4]) *Шингарев* Дневник 55 стр.
[5]) Жизнь в Шлиссельбургской крепости 24 стр. Все время бегавший по камере сосед автора нервно стучит в стенку, упрекая, что его забыли.
[6]) См. „Дневник“ *Новорусского* от 26 марта 1893 г. страстная пятница и 29 марта понедельник. Вот и другой день пасхи. Колышется что то в груди при этом слове, при этой мысли, при этих звуках, врывающихся в наши стены „Мир“ № 21-24, 17 стр.

Но мы могли бы найти немало примеров, когда живучими оказывались не только впечатления, но и обычаи и обряды. Когда к Шингареву не пропустили на Рождество в его одиночную камеру елочки, а к нему дошла крохотная еловая веточка, он прикрепил ее к столу и устроил себе елку. Когда он вместе со всеми другими узниками остался на первый день Рождества без горячего обеда, он отметил в своем дневнике, что эта мелкая незаботливость (знак вопроса в подлиннике) все же его огорчила не за себя только, а за всех заключенных здесь в клетках". [1])

Характерно, что предрождественские переживания Шингарева, члена партии об'явленной вне закона, заточенного „большевиками" в русскую Бастилию, были совершенно те же, какие испытывала в Бреславльской тюрьме заключенная туда имперским германским правительством „большевичка" Роза Люксембург. Судьбе было угодно, чтобы в то самое Рождество 1917 г., когда Шингарёв прикреплял с огарком к столу своей одиночной камеры взамен непропущенной к нему елки еловую веточку, Роза Люксембург также устраивала у себя в своей тюрьме елку с „восемью свечами" из доставленного туда ей „совсем обтрепанного" деревца с недостающими ветками. [2])

Так тюрьма уравняла психологию двух узников и участников политической борьбы столь различных между собою партий. [3])

Мих. Гернет.

---

[1]) Шингарев: ук.-соч. 47 стр.

[2]) Письмо Розы Люксембург из тюрьмы. Москва. 1920. Издание коммунистического Интернационала 45-46 стр.

[3]) Автор будет глубоко благодарен каждому за присылку ему в редакцию журнала всякого материала по тюремной психологии.

Библиография.

Систематический обзор научной литературы Германии за 1914—1921 г.г. Том 1, (теоретические науки), составленный профессорами Лейпцигского Универс. и изданный по поручению Берлинского представительства Народ. Комис. Просвещ. под редакцией проф. Петрог. Унив. Ф. А. Брауна и библиот. Лейпцигской немецкой библиотеки д-ра Г. Презента. Т-во „Книга". Берлин. 1922, XXIV+391 стр.

Редакторы этой книги указывают в их предисловии на историю ее издания по инициативе представительства Наркомпроса, на средства коего она и издана. В работе принимало участие несколько десятков немецких ученых из числа преподавателей Лейпцигского университета. Цель издания—дать возможность „международной семье ученых, так сильно пострадавшей от мировой войны, вернуться к дружной работе, об'единяющей народы в мирном культурном труде". Рассматриваемый том посвящен обзору теоретической литературы. Второй подготовляемый к печати том будет посвящен прикладной науке (медицине и технологии). Отдельным выпуском выйдет библиография по научному социализму.

В книге XXXII раздела, из которых каждый разбит на несколько параграфов, указывается не вся литература, а лишь то, что, по мнению составителей, заслуживает внимания и приобретения „в первую" очередь. Для читателей „Право и Жизнь" будут иметь особый интерес отделы—„Публичное Право" с под'отделами 1) „общее государствоведение и государственное право", 2) „админ. право", 3) „гражданский процесс" 4) „уголовный процесс", 5) „уголовное право", 6) „международное право". В отдел XX „Частное Право" включены под'отделы: 1) право древнего мира и, в частности, римское 2) папирология и, в частности, юридические папирусы, 3) гражданское право, 4) торговое право и др. В разделе XXI „Политическая экономия и статистика" шесть под'отделов. Эти три отдела занимают почти сто стр. Система размещения материалов не везде однообразно выдержана. Так, к сожалению, встречающиеся в некоторых отделах специальные §§ с указанием журналов отсутствуют в отделах „Публичное Право" и „Частное Право". По уголовному праву указан всего один журнал „Zeitschrift" Листа и не указан несомненно выходивший Archiv für Kriminal-Anthropologie и др. Встречаются досадные опечатки, так в отделе Публичного Права под'отдел „Гражданский процесс" ошибочно назван „Гражданское Право".

Военное уголовное право отнесено целиком к под'отделу „Угол. Процесс", а было бы правильнее отнести сюда его лишь частью, а частью в „Угол. Право". Но эти недочеты не умаляют значения большой пользы изданной книги, выпускаемой в продажу, по словам авторов предисловия, по возможно пониженной цене.

М. Гернет.

Закон, жизнь и наука права.

(По поводу работы A. Nussbaum, Theoreme und Wirklichkeit in den allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 42—1916, 2 S. 133—193).

Вопросы о том, как преломляется закон в жизни, и насколько, с другой стороны, жизнь, правовой быт, если можно так выразиться, отражается в науке права,—представляют интерес и значение, степень которых трудно преувеличить. Однако, трактуются такие вопросы и в цивилистической, и в общей юридической литературе довольно редко и больше мимоходом [1]).

В продолжение войны и революции мы были отрезаны от западной науки, и лишь за последние год—полтора вновь открылась возможность последить, хотя и со значительными запозданиями и без достаточной полноты, за научной мыслью за границей. Между прочим, за эти годы перерыва научного общения России с другими странами литература по намеченным выше

[1]) Назовем, в частности: Martin-Wolff, в Jurist. Wochenschr. 1906, № 20; Segall в Archiv für bürg. Recht, Bd. XXXII, S. 410 (Das bürgerliche Recht und die Lebensgewohnheiten); Ehrlich, в Jahrb. für Gesetzg. 1911, S. 129 (Die Erforschung des lebendigen Reshts), Verhandl. des 31 deutschen Juristent., II, 201 и сл. Sperl, Institut für angewandtes Recht, 1912, и некот. друг. Можно здесь назвать Ehrlich, Grundlegung der Sociologie des Rechts, Leipz., 1913.

вопросам увеличилась небезинтересной работой приват-доцента Берлинского Университета Нуссбаума (автора также любопытного сочинения: Die Rechtstatsachenforchung). Новая его работа—Theoreme und Wirklichkeit in den allgemeinen Lehren des bürgerl. Rechts—напечатана еще в 1916 г., до окончания мировой войны. Предвидя уже тогда всю тяжесть ее последствий для духовной и экономической жизни, автор призывает юриспруденцию оставить изучение безжизненных теорем, чистое «искусство понятий» и обратиться к проблемам, непосредственно выдвигаемым жизнью. Нуссбаум вовсе не ратует за устранение всякой догматики, за изгнание конструкций: он определенно признает, что без формально-логического элемента в юриспруденции не обойтись; но он настаивает на том, что догматические теоремы должны получать не одно формально-юридическое содержание, но ставиться в связь с более широкими явлениями экономической и духовной жизни. Метод работы автора таков: он берет отдельные темы из общей части гражданского права и в их пределах, с одной стороны, сличает закон с правовой действительностью, с правовым бытом, с другой—рассматривает постановку тех же вопросов в научной и, особенно, в учебной литературе, дабы таким образом судить о степени жизненности закона и науки права. В качестве главнейших источников познания правового быта автор указывает: личные наблюдения, сообщения сведущих людей, документы сделок, сборники судебных решений, прессу. Нуссбаум разбирает три темы: 1) об обычном праве, 2) об обществах (Vereinsrecht), 3) о юридической сделке. Конкретный материал, взятый им в сферу своего наблюдения и изучения, не имеет для русского юриста непосредственного практического значения; однако, в виду важности самой проблемы, представляется не излишним, в целях иллюстрации методологических приемов автора, воспроизвести основные положения его любопытной работы.

Еще задолго до издания Герм. Гражд. Уложения учение виднейших представителей исторической школы, Савиньи и Пухты, о том, что обычное право, как подлинное проявление народного духа, должно стоять далеко впереди закона, представляющего собой нечто случайное, навеянное внешней целесообразностью, стало утрачивать былой авторитет и обаяние. Известную роль сыграла в этом направлении непоследовательность самой исторической школы, в теории преклонявшейся перед обычным правом, а на практике противодействовавшей германскому обычному правообразованию, как нарушавшему чистоту римского права (последний факт Нуссбаум об'ясняет романтико-контрреволюционными устремлениями исторической школы). Как-бы то ни было, в Германии в эпоху до BGB. обычное право, как можно убедиться из изучения сборников решений германских судов, имело определенную, хотя и не особенно широкую, сферу применения (реальные повинности, брачное и наследственное право и проч.). С изданием B. G. B. значение обычного права сильно упало, и лишь в виде редкого исключения можно в сборниках решений натолкнуться на случай разрешения дела на основании этого источника. Но при этом наблюдается любопытная картина: параллельно с постепенным вытеснением из жизни обычного права, идет процесс развития в противоположном направлении, а именно, растет число, ширится сфера применения и усиливается жизненное значение, т. н. обычаев оборота. Эволюция происходит, между прочим, в том направлении, что, если первоначально обычаи оборота признавались лишь на том основании и в той мере, в какой сами стороны желали их применения, то теперь они имеют силу уже независимо от знания и воли сторон. В связи с этим процессом, жизнь ставит перед наукой права некоторые проблемы, изучение которых вызывается потребностями практики; Nussbaum относит к их числу: историческое и догматическое взаимное отношение обычного права и обычаев оборота; вопрос о кодификации обычаев оборота (попутно—выяснение приемов, с помощью которых констатируется существование обычаев оборота) и т. д. Как же отразилось все это развитие в новейшей теории, как откликнулась на этот голос жизни наука права и, в частности, учебная литература? Крайности классической школы бесспорно учтены и исправлены; спиритуалистическая конструкция и переоценка обычного права уже оставлена. Тем не менее, теория и учебная литература находятся еще под явным влиянием классической школы: обычному праву отводится несоответствующее место; новые задачи, возникающие в жизни, не учитываются; обычаи гражданского оборота почти обходятся молчанием и т. д.

Относительно юридического положения обществ жизнь выдвинула целый ряд конкретных задач. В связи с наблюдающимся ростом организационной идеи, получает огромное значение, прежде всего, общий вопрос о правоспособных и неправоспособных союзах лиц. Далее, очень важно научно исследовать наблюдающийся в жизни факт, что форма соединения в каждом отдельном случае, оказывается, зависит не только от непосредственного содержания норм закона, но и от эластичности отдельных форм (т. е. от степени, в которой форма соединения может быть подогнана к различным целям, для которых соединение образуется). Представляет интерес также вопрос об образовании новых правовых об'единений из различных самостоятельных, но хозяйственно связанных между собою обществ. Некоторые из этих вопросов (как, напр., о правоспособности) достаточно широко поставлены в законе; не мало внесла с своей стороны судебная практика; но наука и преподавание права

(насколько можно судить по печатным курсам) остаются как-то в стороне от подлинной жизни. Германисты (особенно Gierke) много внимания посвятили учению об обществах всякого рода, но их больше интересовала догматическая и историческая сторона, а запросы жизни ответа не получают. Необходимо создать такое общее учение о корпорациях, которое черпало бы силу из самой жизни, из образований германской действительности, в частности, осветить вопрос о самом создании корпораций; при этом следует использовать, в качестве источника, торговые реестры, реестры союзов, уставы и пр. Учебная литература также должна строить общую часть права союзов так, чтобы установить связь с формами корпораций торгового права; при изложении теорий об юридическом лице следует существенно сократить догматическое изложение и за этот счет привлечь генетическую точку зрения; требуется освещение функциональных различий применительно к отдельным формам корпораций и пр.

В отделе юридической сделки господствующее учение, по мнению Нуссбаума, грешит против действительности тем, что преувеличивает значение момента воли. Это сказывается не только в случаях, когда имеется налицо Kontrahierungszwang (напр. договоры с железной дорогой, электрическим обществом и т. д.), но и в других, когда участие нотариуса или пользование готовым формуляром, низводит значение частной воли до весьма малой величины. Факты правового быта должны изучаться не одной социологией, но и правоведением; достаточно назвать, для иллюстрации значения этой стороны дела, постановления о гербовом сборе, которые могут или развить известную сделку, или ее задушить. Представляла бы большую ценность разработка вопроса о внутренней хозяйственной связи сделок, юридически, повидимому, вполне изолированных.

Предыдущее изложение далеко не исчерпывает содержания работы Nussbaum, но и оно, думается, позволяет составить о ней представление. Нет оснований итти за автором так далеко, чтобы соображения практицизма ставить на первое место; но идея связи научно-учебной разработки вопросов с потребностями жизни, оборота — идея здоровая и заслуживающая внимания. А для русского цивилиста, перед которым открывается обширное поле деятельности по научной разработке отечественного права, она должна быть руководящей. Небезинтересными представляются и частные методологические замечания, рассеянные в реферированной работе. И. Б. Новицкий.

Н. Н. Алексеев. Введение в изучение права. Изд. Московской Просветительной Комиссии. М. 1918. Ст. 184.

Он же. Очерк по общей истории государства. Основные предпосылки и гипотезы государственной науки. В. I. Моск. Научное Издательство. М. 1920. Ст. 208.

Существуют разные типы введения в науку. Одни вводят в ее передние покои, предоставляя читателю осмотретьея и самому избрать путь дальнейшего следования. Таковы введения: в философию — Г. И. Челпанова и в социологию — покойного Н. И. Кареева. Другие стремятся подойти к начальным проблемам науки, которые часто бывают труднейшими, и решив их, расчистить путь для исследования сырого материала. Таково отвлеченное и серьезное введение в изучение психологии А. Пфендера. Третьи просто подводят итоги науки за какой-нибудь знаменательный период ее оуществования, имея в виду пролить обобщающий свет на составные части этого итога. Такой целью задается, напр. проф. Бузескул в своем введении в историю Греции.

Очень редки введения, соединяющие в себе важнейшие свойства всех перечисленных выше типов. Этой цели достигает с большой выгодой для читателя проф. Н. Н. Алексеев в своем „Введении", сочетающем небольшие размеры с редким богатством содержания и стройностью мысли. Две поименованные выше книги восполняют одна другую, давая в совокупности яеное представление об ученом, со всеми сильными качествами и недостатками его мыслительного склада. Н. Н. Алексеева нельзя назвать юристом по природе, сцепляющим в стройную систему звенья норм и нанизывающим, как бурмитские зерна, одно на другое понятия на такую нить юридического силлогизма. Он и не социолог, погрузившийся в стихию конкретного правого бытия, дабы открыть в ней те же страсти и стремления, которые волнуют жизнь людей в ее целом. Н. Н. Алексеев — философ, привлекаемый своеобразной природой правовых институтов, в которых должное сочетается с сущим, и которые являют один из прекраснейших плодов целетворческой деятельности духа, именуемых человеческой культурой. В философии права автора интересует „возможность умственного усмотрения всеобщих отношений и связей" (Введение, 17). В теории государства его захватывает „умственное усмотрение юридической природы государственных явлений, так сказать, правовая интуиция" (Очерки, 9). Исчислив разные аспекты науки о государстве, наш автор замыкает их в кольцо „феноменологии", описывающей родовую сущность государства в ее основных чертах (Очерки, 25). Философское дарование автора позволяет ему, как бы лучами Рентгена, освещать внутреннюю природу права, но не дает тех же результатов в отношении более грубой и закоснелой в мире материи природы государства.

Определив задачи философии права, „Введение" переходит к продолжению „правового скептицизма." Представителем последнего Н. Н. Алексеев считает ниспро-

вергателя общих начал Макса Штирнера. Доказав, что Штирнер не может освободиться от власти понятий, ученый извлекает из его лексикона целый ряд таких терминов, как „право", „собственность", „обладание". Это дает нашему автору повод утверждать всеобщее и необходимое значение правовых категорий, поскольку речь идет о человеке и его отношении к миру. Штирнер может, конечно, с полным основанием возражать, что мыслит все эти „категории", как голые факты, и тем легко освободиться от сети категориальной необходимости, которую хотят на него накинуть. В дальнейшем положении Н. Н. Алексеев передает сущность нормативных теорий права, отчетливо изображая, между прочим, конструкцию Кельсена, и переходит к обстоятельной трактовке реалистических учений. Читатель знакомится с рассуждениями Спинозы о „мощи" и подробно вводится в курс теории Л. И. Петражицкого. Критические замечания Н. Н. Алексеева по поводу последней не всегда достигают цели, ибо философ Н. Н. Алексеев не может вжиться в самое нутро учения петербургского профессора, где право полностью совпадает с правовой психикой. Поэтому бьет мимо цели аргумент о том, что сумасшедший, об'явивший себя испанским королем, не связан никакими правоотношениями со своими подданными. С точки зрения Л. И. Петражицкого, сумасшедший, разумеется, вступил в правоотношение, коль скоро в его психике родилась требуемая „императивно-аттрибутивная" эмоция. Вообразив себя королем, сумасшедший, конечно, представляет свои права на корону, доходы, послушание со стороны подданных и соответствующие обязанности испанского народа. Для Л. И. Петражицкого это „право умалишенных" стоит наряду с такими же детскими, разбойничьими, картежными и другими правами. Остальная часть книги посвящена изложению социальных основ права, рассуждениям об отношении права к нравственности и государству, его вечных и временных элементах и значении соответственного права. При этом ясно выступают духовные нити, связывающие Н. Н. Алексеева с Платоном и первоучителями христианства. Их влияние отразилось даже на спокойном и в то же время энергическом языке книги. При всем том, читатель остается в недоумении, какова же собственная точка зрения автора, ибо намеки, рассеянные там и сям, нигде не сведены в точные сжатые формулы.

Аналогичные переживания возникают при ознакомлении с „Очерками по теории государства". Читатель, внимательно прочитавший эту книгу, приобретает сведения по некоторым отраслям философии, социологии, государственного права, но в науке, служащей главным об'ектом книги он не ориентируется. Автор пытается выкристаллизовать идеи, зреющие у него глубоко в душе, но процесс кристаллизации протекает отрывочно; идеи застывают под пером еще недостаточно оформленными. Перед умственным взором Н. Н. Алексеева носятся грандиозные государственно-философские умозрения средневековья. Из недр патристики с ее пышной идеей божественного порядка, устрояющего вселенную от системы планет до людских сообществ, Алексеев восходит к влюбленному в средневековье Отто Гирке и вместе с ним строит идею государства на подобие придела готического собора, в малом повторяющего черты главного задания—вселенского порядка (79).

Читатель ожидает, что ему будет показана глубочайшая сущность государства, готовится к созерцанию развернутого историко-философского горизонта на подобие предстающих в „Энциклопедии философских наук", Гегель. Автор укрепляет его в этом ожидании, обещая дать такое определение государства, которое породит из себя предмет, заставит его возникнуть (136). В последующем читатель испытывает разочарование, так как Н. Н. Алексеев не особо удаляется от общепринятого определения государства с элементами территории, народа и власти (41). Чем дальше, тем больше отсупают абстрактные схемы перед потоком конкретной действительности. После весьма отвлеченной и трудно читаемой первой половины книги, вторая блещет всеми красками живой жизни, изобилует меткими психологическими замечаниями и незаметно стирает в памяти читателя путанные узоры абстракций третьей главы книги.

Может быть, это нужно приписать тяжелым условиям работы русского ученого в 1918 году, когда главным образом, видимо, писались «Очерки», но в них не чувствуется единства мысли и настроения. Это именно только «Очерки—не система и даже не начало системы. Часто внимание останавливается на тонкой или глубокой мысли, все время находишься под впечатлением обширной, несколько изысканной начитанности автора, но не выносишь того внутреннего удовлетворения, которое дает более спокойное и сосредоточенное «Введение в изучение права».

В переживаемый критический момент развития русского права, нельзя не отметить предсказания, сделанного автором в 1918 г., в период, когда хаос грозил поглотить творческие силы революции, и ныне осуществляющегося на наших глазах: «Мы вскоре увидим, как из разрушенных революцией правовых и государственных форм со стихийной силой воскреснут новые элементы порядка, неизбежно воспроизводящие основные черты всякого права». (Введение, 8).

И. Ильинский.

Проф. Я. М. Магазинер. Лекции по государственному праву.

(Общее государственное право). Труды Петроградского Кооперативного Института, Петроград, 1919. Ст. 8+234.

„Книга эта испытала на себе все политические бури переживаемого времени“,— пишет ее автор в предисловии. Он надеется, тем не менее, что ему удалось воздержаться от искушения учесть уроки мировой войны и революции, так как он не желает проводить в учебнике партийно-политической точки зрения. Воздержание оказалось не полным. Мы говорим это не в виде упрека, ибо в учебник обществоведения, даже при строгом беспристрастии и научной об'ективности, почти всегда проникают политические симпатии и антипатии авторов. Мы просто констатируем факт, подтверждающий мысль автора, процитированную в начале настоящей заметки.

Точка зрения автора на задачи государства сводится к следующему. Важнейшей из них, по мнению Я. М. Магазинера, является выработка правил классовой борьбы, кодекса правил социальной дуэли. В основу кодекса полагается идея обеспечения трех ценностей: 1) возможности социальной жизни; 2) возможности социальной борьбы; 3) минимум затрат на социальную борьбу. Автор подчеркивает, что такова задача государства с правовой точки зрения. В этой конструкции обращают на себя внимание три момента: а) обеспечение возможности социальной жизни играет подчиненную роль в отношении к выработке кодекса классовой борьбы; б) принципиально отрицается государственный интерес в деятельности, направленной к полному угашению борьбы путем соответствующих реформ; в) отсутствует всякое упоминание о задачах государства в области творчества культуры. Государство превращается, таким образом, в „ночного сторожа“, и даже не особо усердного, ибо функции его сводятся к наблюдению за тем, чтобы буйство и драки протекали без особых повреждений для дерущихся сторон и потрясений общего благочиния...

Взгляд автора на основную задачу государств не приносит плодов и в тех местах книги, где следовало бы этого ожидать: в главах о важнейших государственных формах, элементах государства и природе его органов. Последнему вопросу автор уделяет непропорционально большое внимание, отводя около четверти всей книги положению и критике относящихся сюда теорий, но, к сожалению, автор не предпосылает им общего *логического* анализа понятия органа в праве.

Для уяснения дела была бы весьма полезна в книге небольшая глава, которая точно расчленила бы понятие „органа“ от управляющего им „организма“ и выполняемых „функций“. Такого типа работа в споре о роли экономического фактора в истории была с успехом проделана в свое время Ю. Делевским (Исторический материализм в его логической аргументации, СПБ. 1906).

Положительными сторонами книги Я. М. Магазинера нельзя не признать частые ссылки на новейшее (по 1919 г.) конституционное законодательство и удачные отступления от шаблона в некоторых важных вопросах (напр. об источниках права). Надо надеяться, что в следующем издании книга будет пополнена недостающими в ней главами о государственных соединениях, гарантиях публичных прав и строений конституций. Библиография содержит кое-какие неточности и пробелы. Курс Еллинека в издании, на которое ссылается автор, называется не „Общее государственное право“, а „Общее учение о государстве“. Вряд ли основательно считать известную книгу Дайси курсом *общего* конституционного права. Наконец, перечисляя лишь косвенно захватывающие вопросы государственной науки книги Колера, Радбруха, Н. Г. Виноградова и др., Я. М. Магазинер оставил почему-то без упоминания „Идею государства“ Анри Мишеля (М. 1909). Из политических трудов Спенсера не упомянут едва ли не самый важный: The evolution of political institutions (есть русский перевод Л. Е. Оболенского, СПБ. 1882 г.).

Сделанные замечания не мешают, однако, признать, что книга г. Магазинера является полезным пособием для студентов и, несомненно, заслуживает повторения в исправленном и дополненном виде.

И. Ильинский.

„*Гербовый сбор—руководство и раз'яснения*“. (Издание финансово-экономического Бюро Н. К. Ф.).

Книга представляет собою как бы второе точное воспроизведение той, которая была рассмотрена в № 2 журнала „Право и Жизнь“, но с прибавлением инструкций о порядке оплаты грузовых документов, циркуляров и раз'яснений Центроналога по отдельным вопросам гербового сбора и постановлений Н. К. Ф.

Заслуживает внимания циркуляр Центроналога 11-20 апреля 1922 г. № 8287/181. В нем сказано между прочим: „Все подлежащие гербовому сбору договоры, сделки, обязательства и др. документы, совершенные, заключенные, выданные или принятые до 1 марта 1922 г., но к этому сроку еще не законченные исполнением, должны быть оплачены соответствующим роду и характеру этих документов гербовым сбором по сумме их, остающейся к исполнению или причитающейся по рассчету за время с 1 марта 1922 г.“ Другими словами, простым ведомственным распоряжением Уставу о гербовом сборе присваивается обратная сила.

Но, по общему правилу, закон обратной силы не имеет. По Уставу „гербовый сбор вводится с 1 марта 1922 г.“ (ст. 24); „сбор подлежит уплате в случаях, указанных в п. „в“ ст. 1, при самом совершении документа“ (ст. 6). Юридическим и логическим толкованием нельзя об'яснить основание к обложению (а след. и оштрафованию?) договоров и сделок, совершенных до 1 марта 1922 г. Такое основание не изложено и в цитированном циркуляре.

Но в результате жалобы, поданной одним из кооперативных центров в С. Н. К., последовало в № 30 от 31 сентября 1922 г. „Вестника Финансов" (стр. 86) следующее раз'яснение: „Действие отдела IV циркул. Центроналога от 11/20 апреля 1922 г. за № 8287/181 „о порядке введения гербового сбора" с 12 августа 1922 г. отменяется, а потому договоры, сделки, обязательства и другие документы, совершенные, заключенные и выданные до 1 марта 1922 г., хотя бы к этому (?) сроку и не законченные исполнением, признаются не подлежащими оплате гербовым сбором".

Это раз'яснение вызывает новое недоумение. Почему неправильное циркулярное распоряжение „отменяется с 12 августа?. Неужели неправильное исчисление и взыскание до 12 августа органами фиска гербоваго сбора с документов, не подлежащих оплате, не должно быть отменено, а уплоченный сбор не должен быть возвращен?.

На этом вопросе хорошо иллюстрируется все, что изложено было относительно Устава о герб. сборе в № 2 „Право и Жизнь" (стр. 95). Почему, в самом деле, в „Подробном указателе" гербового обложения показаны из'ятыми „ходатайства о возврате неподлежаще поступивших в казенные кассы сборов разных наименований" (стр. 70, № 188, отд. IV, п. 6), а „жалобы на отказ в возврате" признаны подлежащими оплате в 100 р. за документ? (там же и кроме того на стр. 37. № 45 п. 4). Казалось бы, при условии сведения на нет принципа гербового обложения (о чем было сказано в заметке об Уставе), должно быть наоборот, т. е. ходатайство обложить, ссылаясь на ст. I „а". а жалобу освободить по пункту 4 второй части той же 1 статьи Устава о герб. сб.

Нет возможности остановиться подробнее на всех невязках, встречающихся в брошуре и на практике, вызывающих и не могущих не вызвать постоянные споры и недоумения. Остается присоединиться к пожеланию, высказанному в № 2 «Советского права» за 1922 г. (стр. 134), чтобы гербовое обложение целиком было пересмотрено и тщательно согласовано с основами, указанными в Уставе о гербовом сборе, ради того, чтобы устранить в инструкции, подробном перечне и раз'яснениях Н. К. Ф. всей инородной накипи и ведомственных фискобродильных грибков.

В книге бросается в глаза значительное число опечаток. В. С. М.

Проф. Э. Я. Немировский. Основные начала уголовного права. Одесса. 1917 г. IV—644 стр.

Книга проф. Немировского помечена 1917 г., но по условиям времени, она до текущего года не была известна даже многим криминалистам. Отзывов в печати о ней, повидимому, не появлялось. Между тем, книга эта заслуживает самого серьезного внимания. По своему содержанию она представляет собою не что иное, как курс уголовного права, состоящий из следующих частей: 1) введение, в которое входит глава, посвященная выяснению задач, содержания и методов науки уголовного права, и ее исторический очерк, 2) учение об уголовном законе, его действии и применении, 3) учение о наказании и его целях и 4) учение о преступлении. Таким образом, считая, что первичным представляется понятие наказания, а не преступления, проф. Немировский следует примеру тех авторов, которые изложение основных вопросов, относящихся к наказанию, предпосылают учению о преступлении. Если принять во внимание, что сведения об отдельных видах наказаний только по установившейся традиции даются в общей части курсов уголовного права, тогда как, строго говоря, двум отделам общей части науки уголовного права—общему учению о преступлении и общему учению о наказании—должны бы соответствовать и два отдела особенной части: об отдельных видах преступления и об отдельных видах наказания, то окажется, что в книге проф. Немировского немногого сравнительно недостает, чтобы стать курсом общей части науки уголовного права. Именно, курсом, а не учебником: обилие не только использованного, но и приведенного литературного материала, внимание, которое уделено автором большому количеству контроверз придают его книге характер научного труда, дающего гораздо больше, чем можно ожидать от учебного руководства [1]). Каждую проблему автор ставит и рассматривает во всей ее сложности, учитывая последние достижения научной мысли, и лишь устраняя те детали и те слишком частные расхождения мнений, изложение и оценка которых могли бы найти себе место лишь при монографическом исследовании вопросов.

Позиция, занятая автором среди различных направлений науки уголовного права, должна быть, согласно его собственной характеристике этих направлений, определена как позиция „третьей школы": придавая большое значение материалу, доставляемому антропологиею и, главным образом, социологиею, для разрешения вопроса о необходимости и степени вторжения в правовую сферу личности посредством наказания, [2]) она в то же время приближается к неоклассикам, принимая принцип возмездия (хотя и в ином смысле, чем это делали классики), признавая значение уголовно-политических критериев за ценностью благ и иными об'ективными моментами преступления, выдвигая цель общего предупреждения преступлений.

Нет возможности в пределах очень ограниченной об'емом рецензии дать изложе-

[1]) Для учебных целей автор переработал свою книгу и издал ее в 1919 г. под заглавием: „Учебник уголовного права" (Одесса).

[2]) Поэтому, „третья школа" правильно считается ветвью социологической школы

ние хотя бы основных выводов автора по затрагиваемым им вопросам. Отметим только, что бесспорно наибольший интерес представляет собою глава, посвященная понятию и значению вины в уголовном праве. Естественно то внимание, которое уделяет современная наука уголовного права этому вопросу: он для нее «быть или не быть». Если понятие вины, как когда-то выразился Лист, «не выдерживает строгой критики просветленного научного познания», то наказание, переставая быть наказанием за вину и в меру вины, принципиально ничем не отличается от чисто профилактических мер, применяемых к личности преступника, а вместе с наказанием падает и наука уголовного права, в которой первое место принадлежит понятию наказания, как самостоятельного метода воздействия на преступника. Так как очевидно, однако, что традиционное понятие вины, как элемента преступного деяния, или даже как свойства его, проявляемого в умышленном или неосторожном совершении его, совершенно недостаточно при современной тенденции уголовной политики ставить наказание в теснейшую связь с личностью преступника, то сохранить принцип соответствия вины и наказания можно только путем преобразования понятия вины, при чем это преобразование, разумеется, не может быть произвольным, а должно быть основано на углубленном анализе понятия. Этот анализ приводит автора к выводу, что „вина личности должна заключаться главным образом в том, что в ее характере есть неудовлетворительные с точки зрения правопорядка свойства, которым (преступное) деяние в большей или меньшей мере обязано своим возникновением" (стр. 191). С таким выводом едва ли согласуется данное автором в другом месте более узкое определение вины, как сознания противоречия норме [1]). Нельзя не пожалеть, что Э. Я. Немировскому осталась неизвестной, появившаяся уже в 1914 г. в „Archiv für Kriminalanthropologie u. Kriminalistik" (B. 60), статья Гюнтера Неманича „Schuldgedanke und Zweckgedanke"; в ней автор приходит к выводам, весьма близким к тем, какие делаются Э. Я Немировским [2]).

К сказанному прибавим несколько критических замечаний — лишь *несколько* на этот раз, не только за недостатком места, но и потому, что в большинстве случаев автор настоящей рецензии разделяет воззрения автора рецензируемой книги, принадлежа к одному с ним направлению научной мысли [1]).

Первое из последующих замечаний нельзя даже назвать критическим. В нем мы просто пользуемся случаем отметить свой взгляд на ту все еще новую дисциплину, которая называется „уголовной социологией". Совершенно верно, конечно, что уголовная социология изучает специальные условия преступности. Но ее задача должна быть шире, чем указывает автор: изучение не только социальных условий преступности, но и тех социальных факторов, под влиянием которых складываются и преобразуются понятие преступного и представление о целях наказания и его возможных видах — другими словами, социальных факторов, которыми определяется содержание самого уголовного права. Если представляется весьма спорным, должно ли быть включено в число предметов науки уголовного права изучение факторов преступности, то гораздо менее спорным, а для тех, кто придерживается точки зрения методологического плюрализма в науке права, и совсем бесспорно, что уголовная социология в указанном смысле может стать отраслью науки уголовного права, ибо в отличие от науки о факторах преступности, она не уклоняется от общего предмета для всех отраслей науки уголовного права, т. е. от самого уголовного права.

Автору, на наш взгляд, не удалось преодолеть (сознаваемых им) затруднений, какие встречает разграничение вменяемости и невменяемости при обосновании уголовной ответственности тем, что преступное деяние есть выражение психической основы данной личности (стр. 215). Очень шатким и произвольным кажется утверждение автора, что «деяния сумасшедших не могут быть рассматриваемы, как проявления определенной психической основы» (стр. 220), и ничего, на наш взгляд, не об'ясняет замечание, что сумасшедшие «реагируют на окружающее под влиянием случайных мотивов», и что их (преступное) «настроение мимолетно» (ibid); ведь, то-же самое можно сказать и о случайных преступниках, для которых «преступление было случайным эпизодом в жизни, вызванным трагическим или неблагоприятным стечением обстоятельств» (стр. 138) — и, однако, они ответственны. Совершенно неожиданно — не там, где устанавливаются основания ответственности, а при поисках об'яснения безответственности „прирожденных невменяе-

---

[1]) Стр. 181: „вина *заключается* в том, что (лицо), совершая, сознает противоречие своего деяния норме".

[2]) Неманич определяет вину, как „совокупность психических факторов преступного результата на стороне деятеля (beim Täter), если они могут быть оценены, как уступающие нормальным". Вводя в понятие вины элемент оценки (Unwerturteil), Неманич, как и Э. Я. Немировский (как впрочем и ряд других авторов) подчеркивает нормативный характер понятия вины. (Немировский выражает этот характер словами: „Упрек, вытекающий из несоответствия деяния юридической норме, и составляет вину"). Как и Немировский, Неманич считает целевую идею в уголовном праве совместимой с постулатом, что наказание должно быть адекватно вине.

[1]) Это верно отмечено Э. Я. Немировским.

мых, кретинов" — автор проводит заимствуемое им у Тарда дополнительное основание ответственности: социальное сходство преступника с окружающею средою. Позднее (стр. 241) он прибегает к тому же основанию для признания de lege ferenda невменяемым дикаря, совершившего преступление, значения которого он не мог понимать; между тем для установления безответственности такого дикаря было бы достаточно (опять-таки de lege ferenda) сослаться на отсутствие у него сознания противоречия деяния правовой норме, которое автор признает необходимым для преступного умысла (стр. 288).

Автором поставлен, но вовсе не разрешен вопрос о приемлемости понятия уменьшенной вменяемости. Он отстранил от себя решение этого вопроса замечанием, что в данном случае теоретический вопрос отступает на задний план перед вопросом о лучшем способе достижения практической цели (стр. 264). Таким путем можно, пожалуй, выйти из всякого теоретического затруднения.

Совершенно не затронут в книге вопрос о месте и времени совершения преступления, хотя вопрос этот (или вопросы), будучи одним из основных, в отдельных частностях представляет серьезный теоретический и практический интерес (напр., вопрос о месте преступного бездействия).

При анализе отдельных признаков, из которых слагается понятие крайней необходимости, особо отмечается признак наличности опасности («опасность должна быть... угрожающей немедленным злом»); между тем в определение крайней необходимости (стр. 490) этот признак не введен.

Хотелось бы видеть со стороны автора несколько больше внимания к отечественной литературе. Так, останавливаясь на вопросе о зависимости, которая существует между бездействием и результатом в случаях delicta commissiva per ommissionem, и отрицая за этой зависимостью характер причинной связи, автор совершенно игнорирует противоположное мнение проф. П. Мокринского в его диссертации „Каузальный и потенциальный моменты действия" (стр. 506—510) [1]. Излагая различные теории о природе соучастия, автор совсем умалчивает о совершенно самостоятельной, для своего времени весьма оригинальной теории проф. Колоколова. В отделе „Наказание и его цели" совсем не цитируются статьи П. И. Люблинского „О действии наказания". (Новые идеи в правоведении сб. № 1) и А. Н. Трайнина. „Спор классической и социологической школ о целях наказания" (ibid). Число примеров мы могли бы умножить.

Можно было бы сделать немало частных замечаний по поводу отдельных выводов автора, но эти замечания не соответствовали бы ни об'ему, ни значению книги Э. Я. Немировского. По своему об'ему, по обилию и характеру затронутых ею вопросов она не может не заключать в себе спорных положений; с другой стороны, встречающиеся в отдельных случаях неточности формулировки или неполнота аргументации, как недостатки, совершенно отступают на задний план перед несомненными достоинствами книги, в которой автор не только вводит читателя в круг основных проблем своей науки, не только знакомит его с последним (до войны) словом науки по каждому из затронутых им вопросов, но и по каждому же высказывает свое всегда тщательно продуманное мнение. Рецензируемая книга несомненно имеет право занять заметное место в русской криминалистической литературе.

Н. Полянский.

Karl Nötzel „Das Verbrechen als soziale Erscheinung" (Карл Нетцель „Преступление, как общественное явление". Мюнхен. 1919 г.)

Идея об общественной природе преступления и общественных причинах преступности уже не нова. Тем не менее трудов, посвященных разработке этой идеи, немного. К сожалению, и книга Нетцеля, специально трактующая „преступление, как социальное явление", вносит мало нового в литературу вопроса. В предисловии автор справедливо указывает, что „по существу при старом строе не было возможности исследовать корни преступления до определенной глубины без того, чтобы не затронуть самые государственные устои. ....Теперь все эти препятствия сделались не существенными". И тем не менее исследования автора не достигают надлежащей глубины. Его книга носит скорее декларативный, чем доказательный характер. Автор—решительный сторонник несправедливости и необоснованности уголовной кары. „Человек неповинен в своем характере и, менее всего, перед другими людьми„ (26). "Если сын вора и проститутки становится преступником, то это так же естественно, как если сын банкира становится банкиром„ (79). "Наказание человека, который бессилен в отношении того, за что его наказывают, бессмысленно и безнравственно" (50). Нетцель—противник смертной казни: „Смертная казнь при всех обстоятельствах остается убийством и поводом к убийствам" (59), Задача уголовного законодательства двойная: "защита общества и воспитание преступника" (67). Осуществление этой задачи буржуазному строю не под силу: „нравственно безупречная и потому действительная самозащита общества от преступников может быть проведена лишь в социалистическом государстве" (68). Автор—марксист: и одно из ценных орудий в борьбе с преступностью он видит в распространении социалистических идей среди пролетариата, ибо Карл Маркс „пробудил широкие массы бедняков к духовной жизни, дал им... сознание исторической миссии—в качестве подлинных бордов за

[1]) Эта книга не названа и в литературе вопроса о причинной связи (стр. 372-373).

царство справедливости и, таким образом, доселе безгласных поставил в первые ряды поборников культуры" (86). К сожалению и марксизм автора не вполне выдержанный. Нетцель в свою аргументацию часто включает метафизический элемент нравственных оценок, чуждый марксистской теории. При отмеченных дефектах книга Нетцеля читается с интересом. Она написана живо, порой с темпераментом, и, если не привлекает глубиной, то подчас блещет яркостью политического памфлета.

А. Трайнин.

Законодательная хроника.

Сводка декретов, опубликованных с 1 июля 1922 г. до 1 августа 1922 г., в Изв. ВЦИК и Собр. Узак. и распор. правит.

Административное деление Р. С. Ф. С. Р. О границах области немцев Поволжья Изв. № 148, 6 июля. О слиянии Балахнинского уезда Нижегородской губ. с Сормовским. Изв. № 149, 7 июля. О перечислении Варнавинского и Ветлужского уездов Костромской губ. в состав Нижегородск. губ. Изв. № 149, 7 июля. О переименовании Макарьевского уезда в Лысковский. Изв. № 150, 8 июля. О прекращении передачи уездов и волостей из одной губернии в другую и передачу волостей и селений из одного уезда в другой. Изв. № 152, 11 июля. Об упразднении Надеждинского, Алапаевского и Каменского уездов Екатеринбургской губ. и о распределении волостей, их составляющих, по соседним уездам. Изв. № 152, 11 июля. О переименовании городов Дагестанской Социалистической Советской Республики Петровска в Махач-Кала и Темир-Хан Шура в Буйнакск. Изв. № 154, 13 июля. Об утверждении плана внутреннего районирования с сокращением числа волостей в уездах Нижегородской губ. Изв. № 155, 14 июля. О переводе центра Нижнеудинского уезда, Иркутской губ. Изв. № 169, 30 июля. О переименовании Черемховского уезда в Зиминский. Изв. № 169, 30 июля. О перечислении Городецкого уезда в состав Смоленской губ. Изв. № 169, 30 июля. О некоторых уездах Костромской губ. Изв. № 169, 30 июля. *Армия и воен. флот.* О ведении политико-просветительной работы в территориальных войсковых частях. Изв. № 167, 28 июля. *Бойни.* О порядке использования боен с подсобными при них предприятиями. Изв. № 153, 12 июля. *Государствен. органы (их структура и функции).* О Малом Совете Народных Комиссаров. Его состав и функции. С. У. № 30; ст. 358. О доставлении Н. К. П. С. отчетных сведений, необходимых для оперативных работ других ведомств. С. У. № 31; ст. 376. Положение о Н. К. П. С. С. У. № 31; ст. 378. Положение о Н. К. Ф. С. У. № 31; ст. 380. Положение о финансовых отделах Исполнительных Комитетов. С. У. № 31; ст. 381. *Делопроизводства Губисполкома.* Об ответственности губисполкомов и губэкосо за своевременность ответов на запросы управления делами и секретариата СНК и СТО. Изв. № 167, 28 июля. *Денежное обращение, валюта и гос. заем.* О прекращении выпуска из кассовых учреждений НКФ и Госуд. банка денежных и расчетных знаков и обязательств, выпущенных в обращение до 1922 г. и правила о приеме кассами НКФ. и Госбанка указанных денежных и расчетных знаков. Изв. № 159, 19 июля. О погашении беспроцентных обязательств образца 1922 г. под наименованием „Обязательство Р. С. Ф. С. Р." Изв. № 165, 26 июля. О досрочном погашении беспроцентных обязательств образца 1922 г. Изв. № 168, 29 июля. (см. 26 июля). *Жилищное дело* Дополнение к постановлению „о невыселении в административном порядке граждан из занимаемых ими жилищ" (Изв. № 96, 3 мая). Изв. № 160, 20 июля. *Земельные дела.* О порядке введения в действие в автономных дружественных и договорных Республиках Р. С. Ф. С. Р. основного закона о трудовом землепользовании и дополнительного к нему закона о порядке рассмотрения земельных споров. Изв. № 164, 25 июля. *Кабальные сделки.* О признании недействительными кабальных сделок на хлеб. Изв. № 146, 4 июля. *Лошади.* О порядке покупки и продажи лошадей в Р.С.Ф.С.Р. Изв. № 162, 22 июля. *Налоги, пошлины, акциз, таможня, повинности, трудгужповинности.* Об установлении разрядов урожайности. Изв. № 144, 1 июля. Об отсрочке введения трудгужналога во всех местностях, признанных голодающими, а также в некоторых других местностях, пострадавших от неурожая. Изв. № 154, 13 июля. Об изменении срока введения декрета об едином натуральном налоге на продукты сельского хозяйства по Юго-Востоку и Крыму. Изв. № 154, 13 июля. Об изменении ст. 1-й декрета от 3 февраля 1922 г. об отпуске спирта на технические, химические и др. специальные надобности. Изв. № 158, 18 июля. Положение о взимании налогов и сборов. Изв. № 161, 21 июля. О понижении акциза на виноградные вина туземного происхождения. Изв. № 164, 25 июля. Об отсрочке, рассрочке и сложении государственных налоговых сборов и возврате сумм, неправильно поступивших в казну. Изв. № 165, 26 июля. Об установлении разрядов урожайности. Изв. № 165,

26 июля. О точном учете государственных доходов. Изв. № 165, 26 июля. Об ответственности за нарушение декрета об едином натуральном налоге и о порядке возбуждения, направления и рассмотрения дел об этих нарушениях. Изв. № 166, 27 июля. О сложении, возврате и зачете уплаченного акциза с товаров, вывозимых за границу. Изв. № 166, 27 июля. О разрядах урожайности. Изв. № 167, 28 июля. Об акцизе на прессованные дрожжи. Изв. № 169, 30 июля. *Народное здравие.* О порядке производства медикаментов. Изв. № 164, 13 июля. О предоставлении Н. К. З. права перевода на хозяйственный расчет отдельных курортов, их об'единений и подсобных предприятий. С. У. № 30; ст. 359. *Переселение.* О переселении в 1922 г. Изв. № 157, 16 июля. О льготах для переселенцев и расселенцев. Изв. № 164, 25 июля. *Печать с госуд. гербом.* О порядке пользования печатями с государств. гербом. Изв. № 152, 11 июля. *Печать.* О распространении правил обязательной регистрации произведений печати на территории всех республик, входящих в состав Р. С. Ф. С. Р. Изв. № 161, 21 июля. *Почта.* Об ответственности почтово-телеграфного ведомства за внутренние почтовые отправления. Во изменение правил, опубл. в С. У. № 61, ст. 427. Изв. № 156, 15 июля. О порядке управления почтово-телеграфными органами в автономных республиках: Татарской, Башкирской, Дагестанской, Горской и Киргизской. С. У. № 30; ст. 352. *Похороны.* О порядке похорон умерших граждан и пользовании кладбищами. Изв. № 146, 4 июля. *Пробирный надзор.* О пробирном надзоре за ювелирным промыслом и торговлей изделиями из благородного металла. Изв. № 149, 7 июля, и Изв. № 168, 29 июля. *Прокуратура и угол.-процесс. кодекс.* О сроке введения института прокуратуры и уголовно-процесс. кодекса. Изв. № 151; 9 июля. *Предприятия (торг. и промышл.).* Об обследованиях и ревизиях государственных промышленных предприятий. Изв. № 165, 26 июля. *Рабочие и служащие, зараб. плата.* О дополнительных пособиях при отпусках. Изв. № 151, 9 июля. Поправка к постановлению Президиума В. Ц. И. К. „Об установлении предельного минимума количества подростков в предприятиях". (Изв. № 126, 9 июля) Изв. № 158, 18 июля. О примирительных камерах и третейских судах. Изв. № 162, 22 июля. О порядке привлечения работниц и крестьянок к работе в советских учреждениях. С. У. № 31; ст. 371. *Сельское хозяйство.* О мерах к расширению и развитию культуры сахарной свеклы. Изв. № 150, 18 июля. О льготах по возвращению семенных ссуд, выданных земледельч. населению юго-востока. Изв. № 163, 23 июля. О семенных ссудах на ликвидацию последствий голода. Изв. № 163, 23 июля. О специальном фонде для выдачи семенных ссуд и ссуд на восстановление и расширение крестьянских хозяйств. Изв. № 163, 23 июля. О сложении и отсрочке семенных ссуд. Изв. № 164, 25 июля. Об упорядочении пользования сенокосами и мерах к поднятию лугового хозяйства. Изменение к декрету, опубл. в Изв. № 58, 12 марта. Изв. № 165, 26 июля. *Страхование госуд. имущ.* О государственном страховании. В развитие декрета от 6 окт. 1921 г. Изв. № 159, 19 июля. *Топливо.* О корневой цене на древесину. Изв. № 160, 20 июля. *Торговля.* Об упорядочении разработки торгового законодательства. Изв. № 146, 4 июля. *Транспорт.* О борьбе с незаконным использованием транспорта. С. У. № 30; ст. 360. О дорожном строительстве. С. У. № 31, ст. 375. *Уголов.-Процесс. Кодекс.* О наказуемости несовершеннолетних. Изв. № 168, 29 июля. *Угол. розыск.* О премировании сотрудников уголовного розыска за раскрытие краж. Изв. № 163, 23 июля. *Урожай (реализация).* Об учреждении должности особоуполномоченного СТО по реализации урожая компании 1922-23 гг. Изв. № 158, 18 июля. *Штаты.* О порядке установления штатов учреждений Р.С.Ф.С.Р. Изв. № 159, 19 июля. *Штрафы.* О зачислении всех штрафов, налагаемых на предприятия за нарушение законов и правил по охране труда, во всероссийский фонд социального страхования. С. У. № 31, ст. 373. *Электричество.* О переводе некоторых электр. станций из I-й категории во II-ю и из местных органов В. С. Н. Х. в коммунальные отделы. Изв. № 153, 12 июля. О Каширской электрической станции. С. У. № 30, ст. 353. *Ярмарка.* Временное положение о Нижегородской ярмарке. Изв. № 145, 2 июля. О назначении председателем ярмарочного комитета С. В. Малышева. Изв. № 166, 27 июля.

Право застройки.

Во изменение постановления от 8-го августа 1921 г. о предоставлении кооперативным об'единениям и отдельным гражданам права застройки земельных участков (собр. узак. 1921 г. № 60, ст. 408) ВЦИК и СНК постановляют:

1. Договоры о предоставлении городских участков под застройку заключаются коммунальными отделами с кооперативными об'единениями или иными юридическими лицами, а равно с отдельными гражданами, на срок до 20 лет для деревянных строений и до 49 для каменных строений.

Примечание: Договор о праве застройки может простираться на земельный участок, непосредственно не предназначенный под строение, но обслуживающий его в хозяйственном отношении.

2. Договор о праве застройки под страхом недействительности его должен быть совершен в нотариальном порядке.

3. В договоре о праве застройки обязательно указывается: а) наименование договаривающихся сторон; б) срок действия

договора; в) точное определение сдаваемого под застройку участка; г) размер в золотых рублях и срок взноса арендной платы; д) характер и размер строений, которые застройщики обязуются возвести; е) срок приступа к постройке; ж) срок окончания постройки; з) условия поддержания строений в исправном виде; и) условия страхования строений и восстановления их в случае гибели; к) неустойки на случай просрочки и иных нарушений договора застройщиком.

Примечание: I. Срок приступа к постройке устанавливается не более одного года со дня заключения договора.

II. Повышение арендной платы может быть установлено в договоре не чаще, чем каждые пять лет, и притом каждый раз в установленном договором размере.

4. При возведении построек, равно как и при эксплоатации их, застройщик обязан соблюдать установленные строительные нормы, а также и санитарные, и противопожарные правила.

5. Застройщик обязан страховать от огня все находящиеся на предоставленном ему земельном участке строения в полной сумме страховой части.

6. Застройщик обязан платить все падающие на право застройки общегосударственные и местные налоги, сборы. Строения, предназначенные для жилья, освобождаются от общегосударственных и местных налогов и сборов в течение трех лет со дня возведения строения.

7. Право пользоваться для возведения и хозяйственного обслуживания строения находящимися на участке застройщика строительными материалами принадлежит застройщику в пределах, указанных договором, для чего последнему предоставляется право производить работы по добыче сих материалов.

Застройщик имеет право пользоваться имеющеюся на этом участке водою, а также в его пределах устраивать колодцы и обделывать родники и источники.

8. Право застройки может быть отчуждено или обременено залогом, при чем соответствующие сделки под страхом недействительности их должны быть совершены в нотариальном порядке с последующей регистрацией в подлежащем коммунотделе.

9. Залог права застройки сохраняет силу по отношению ко всякому новому приобретателю права застройки.

10. Право застройки переходит в пределах срока договора по наследству на общих основаниях (по завещанию или по закону) независимо от размеров его денежной оценки (примечание к ст. 6 постановления ВЦИК об основаниях имущественных правах).

11. В случае невнесения застройщиком причитающихся с него по договору застройки платежей более чем за один год или иного нарушения обязанностей, обусловленных неустойкой, коммунальный отдел может обратить взыскание в судебном порядке на самое право застройки, при чем взыскание осуществляется путем продажи права застройки с публичных торгов.

12. При обращении взыскания на право застройки коммунальному отделу принадлежит преимущественное перед прочими кредиторами право удовлетворения.

13. В случае, если продажа права застройки с публичных торгов не состоялась, право застройки переходит к коммунальному отделу.

14. При переходе права застройки в порядке ст. 13-ой сего постановления, а равно при прекращении права застройки за истечением срока договоров, все строения должны быть сданы застройщиком в исправном состоянии коммунальному отделу, который уплачивает застройщику стоимость построек к моменту сдачи их, с зачетом причитающихся коммунальному отделу долгов. Стоимость построек устанавливается оценочной комиссией в составе представителей коммунального отдела и Рабоче-Крестьянской Инспекции. В случае несогласия с оценкой комиссии застройщику предоставляется право обжалования в народный суд.

15. Наркомвнуделу совместно с Наркомюстом поручается в 2-недельный срок издать инструкцию по применению сего постановления.

Председ. В. Ц. И. К. *М. Калинин.*
За Председ. Совнаркома *А. Рыков.*
Секретарь В. Ц. И. К. *А. Енукидзе.*

14 августа 1922 г.
Опублик. в Изв. № 186.

Судебная хроника.

Из практики Москов. Совета Народных Судей.

I.

Штраф за неисполнение договора.

Дело о выдаче заказанной и оплаченной обуви.

Дроздов предъявил иск к Калинину об отдаче заказанных и оплаченных им 2 пар мужских и одной пары женских ботинок. Нар. Суд, признав на основании представленных письменных доказательств иск доказанным, удовлетворил его; а приняв во внимание, что ответчик Калинин, систематически не выполняет принятых заказов, подверг его штрафу в размере 100 р. С.Н.С.

1-го июня с. г., рассмотрев в кассац. порядке это дело, решение признал правильным и кас.доводы не заслуживающими уважения.

II.

Иск к недобросовестному продавцу.

В своем заявлении в Нар. Суд Сулимов об'яснил, что, переехав в деревню и решив купить в соседней деревне лошадь, он, совершенно ничего не понимая в лошадях, обратился к Маерову с просьбой пойти с ним осмотреть предложенную ему лошадь. На что тот и согласился. Но по дороге Маеров предложил купить у него самого молодую (4 летнюю) вороную лошадь, которая, хотя и тощая и с побитой спиной, но вполне здорова и для его, Сулимова, хозяйства, требующего сравнительно небольшой работы, будет прекрасной и незаменимой работницей. Относясь к Маерову с полным доверием, он вернулся с дороги и затем вместе с некиим Перовым, так же как и он ничего не понимающим в лошадях, пошли осматривать лошадь Маерова. Во время этого осмотра кто-то из них заметил, что лошадь не здорова, предложил обратиться к ветеринару, живущему в соседней деревне. Но Маеров им сказал, что он уже сам к нему обращался, но тот, осмотрев лошадь, сказал ему, что это сущие пустяки. Вполне доверяя Маерову, Сулимов согласился купить у него эту лошадь за запрошенную цену 40.000.000 р., но так как Маеров говорил, что деньги ему необходимы сейчас же, то они решили в понедельник 27 февраля отправиться вместе в Москву, где Сулимов и уплатит ему всю покупную сумму, а лошадь решили пока оставить у продавца. 28 февраля жена покупщика пошла проведать купленную лошадь и увидала, что лошадь не только не поправилась, но даже не держится на ногах и подвязана. Но уже на другой день поутру рано жена Маерова, очевидно, опасаясь, чтобы лошадь не пала у нее во дворе еще до приезда мужа, при помощи нанятых ею для этой цели 3 человек доставила уже еле живую лошадь в его двор. Вернувшись домой в субботу 4 марта, Сулимов пригласил ветеринара и тот осмотрев лошадь, нашел ее совершенно безнадежной; на другой день лошадь, действительно, пала. Усматривая в изложенных действиях Маерова мошенничество, Сулимов просил Суд, подвергнув Маерова установленному наказанию, взыскать с него обратно уплаченную ему за лошадь сумму—40.000.000 р. К этим об'яснениям истец в заседании 22 марта 1922 г. добавил еще и то, что ветеринар, к которому Маеров, по его словам, будто бы водил на осмотр свою лошадь, в действительности ее не осматривал. Эти об'яснения Сулимова во всех их существенных для разрешения, собственно, гражданского дела частях, были подтверждены показаниями допрошенных свидетелей и об'яснениями самого ответчика.

Рассмотрев дело, Нар. Суд. нашел, что признаки мошенничества не установлены. Но, принимая во внимание имущественное положение и материальный ущерб той и другой стороны, Суд определил, возложить на гр. Маерова взять часть понесенного ущерба в половинном размере пред'явленного иска. На это решение обе стороны принесли жалобы. Рассмотрев эти жалобы, С. Н. С. в заседании 1 июня с. г. нашел, что решение Суда 1-ой инстанции подлежит отмене по просьбе обеих сторон и как вынесенное совершенно не обследовано.

III.

Дела об алиментах.

1. По иску разведенной жены Пилач к бывшему мужу ее, работающему на госзаводе Клочкову о содержании им прижитого ими в браке и родившегося уже после развода ребенка, Суд обязал ответчика выделять на содержание ребенка из получаемого им на заводе денежного жалования одну половину, а из получаемого им продуктами пайка одну треть, не приведя в своем решении соображений, коими он руководствовался при определении этих долей, ни соображений, в силу которых доли эти им определены различно для указанных составных частей получаемого им содержания—денежного жалования и натурального пайка. Указывая на это в принесенной им жалобе, ответчик доказывал также, что обе части решения противоречивы и исключают друг друга. С. Н. С. в заседании 1 июня с. г. признал решение правильным и кассационные доводы не заслуживающими уважения.

2. Иск пред'явлен Матиной (разведенной женой) к Скворцову (быв. ее мужу), служащему на заводе, о выдаче средств на содержание прижитого в браке ребенка и о выдаче ей некоторых оставшихся у него из ее приданого предметов. Ответчик, как значится в протоколе, заявил в заседании: „указанные предметы приданого мною получены.“ Затем, он указал, что от матери своей отделился и живет уже отдельно от нее, т.-е. не в том месте, где указывала истица. Нар. Суд обязал его выдавать на содержание ребенка $^1/_2$ получаемого на заводе жалованья, в иске же о возврате предметов из приданого отказал по недоказанности факта принесения истицей своему мужу в приданое требуемых ею предметов. Ответчик в своей жалобе заявил, что так как при нем живет вторая его жена со своей матерью и братом, он не может уделять в пользу своего ребенка $^1/_2$ своего жалованья. С. Н. С. в заседании 1 июня решение отменил потому, что присуждая с ответчика $^1/_2$ его жалованья, Нар. Суд однакож не выяснил ни семейного, ни имущественного его положения, (коими эта часть оправдывалась бы).

3. Боголюбская пред'явила к своему мужу, бросившему ее с 3 детьми (старшему 6½ л.), иск о выдаче средств на содержание последних. Боголюбский пред'явил встречный иск о выдаче некоторых оставленных им в общей квартире предметов, но не оплатил его пошлинами. Нар. Суд обязал его выдавать на содержание детей 25% жалованья, получаемого им в Почтово-Телеграфном ведомстве, где он служит, а встречный иск постановил рассмотреть отдельно от главного по взносе пошлин. Боголюбский жаловался на то, что постановив решение, Суд не выяснил ни имущественного его и жены, ни семейного его положения, а также и на то, что встречный иск был выделен в особое производство. С. Н. С. 1 июня с. г. нашел решение правильным и кас. доводы не заслуживающими уважения.

4. По разделу, учиненному Сельсоветом между разведенными супругами Споровыми, все их крестьянское хозяйство было поделено между ними—некоторые предметы по числу едоков, корма—по количеству скота, двор поровну и т. д. Спорова, у которой спустя 1½ месяца после развода и раздела родился ребенок, пред'явила иск к быв. своему мужу о выдаче ей на содержание новорожденного одной половины заработка. Ответчик на суде предлагал истице или получить от него его половину двора и самой содержать новорожденного ребенка, или же отдать ребенка ему, но истица ни на то, ни на другое не соглашалась. Нар. Суд, признав, что удовлетворение требования истицы было бы равносильно созданию нового повода для судебной волокиты, так как при неопределенности заработка Спорова с него собственно по такому решению взыскивать нельзя было бы, что первое предложение или точнее первая половина альтернативного предложения ответчика так же не может быть принята в виду несогласия на него истицы, постановил отобрать у истицы ребенка и отдать его на воспитание ответчику. По жалобе истицы С. Н. С. это решение отменил в виду того, что, постановляя отдать ребенка отцу согласно его желанию, Суд „не вошел в обсуждение материального его положения для выяснения точных и определенных данных, коим бы отец обязался содержать ребенка." Когда дело слушалось вторично в (другом) Нар. Суде, ответчик Споров повторил свое альтернативное предложение, а истица опять не соглашалась на него и Суд, не обсудив и не выяснив того, что он должен был обсудить и выяснить согласно решению С. Н. С., и не входя вовсе в обсуждение предложенных той и другой стороной способов обеспечения содержания ребенка, постановил отобрать у истицы причитающуюся на долю новорожденного ребенка часть ее земли и таковую передать ответчику с тем, чтобы он обрабатывал ее и продукты передавал истице на содержание ребенка. Истица подала в С. Н. С. заявление, в котором просила вторично рассмотреть дело С. Н. К., рассмотрев 1-го июня с. г. это прошение, постановил решение Суда 1-ой инстанции признать правильным и кас. доводы не заслуживающими уважения.

5. Разведенная жена Спиридонова пред'явила к своему быв. мужу Чеснову иск о предоставлении ей средств на содержание прижитого в браке ребенка и о выдаче ей оставшейся у него, но принадлежащей ей в собственность швейной машины. По первому требованию ответчик Чеснов выразил согласие платить истице на содержание ребенка по 100.000 р. в мес.; против второго же требования он возразил, что машина составляет его собственность и приобретена им на заработанные собственным трудом—корзинным производством—деньги, и при том куплена им даже не для жены, с которой он жил очень скверно, а вообще в свой дом для других его членов. Что же касается жены, то она, хотя и имела свои собственные средства, работая на фабрике, но ему заработанных своих денег никогда не отдавала. В подтверждение своих об'яснений он представил выданную ему на купленную у Компании Зингера, с рассрочкой платежей, машину и свидетеля, ручавшегося за него перед компанией Зингер в уплате покупной цены машины. Допрошенный свидетель это обстоятельство подтвердил и показал также, что Чеснов занимался корзинным производством, а Спиридонова работала на фабрике, и что супруги между собою жили очень плохо. Истица утверждала, что машина приобретена ею на деньги, заработанные на фабрике и, утверждая, что у Чеснова есть земля, просила обязать его выдавать на содержание ребенка продукты. Нар. Суд требование удовлетворил, обязав Чеснова выдавать Спиридоновой на содержание ребенка в 1922 г. по снятии урожая 1922 г. 10 п. ржи и 25 п. картошки; что же касается 2-го требования, то он его также удовлетворил, но с тем, что машинка должна перейти к дочери тяжущихся по достижении сей последней совершеннолетия. В жалобе ответчик указывал и на то, что Судом собственно вовсе не разрешен единственно подлежавший его разрешению вопрос, кому принадлежит машина,—ему ли или его жене, и что, во всяком случае, этим решением, коим не просившей о том его малолетней дочери отсуждена машина, вводится новый институт прижизненного наследования. С. Н. С. в заседании 1 июня признал решение правильным и кассационные доводы не заслуживающими уважения.

Я. А. Хазин.

Академическая хроника.

Правовое Отделение Факультета общественных наук Московского Государственного Университета.

В текущем году на Правовом Отделении Ф. О. Н. зачислено студентов: мужчин—443, женщин—123; всего в настоящее время на Отделении числятся 1100 студентов: (763 мужчин и 337 женщин). На Отделении читаются нижеследующие курсы:

I-й год. Государственное право (*Д. А. Магеровский*), Учение о происхождении и развитии общественных форм (*П. Ф. Преображенский*), История Институтов публичного права (*М. С. Фельдштейн* и *С. А. Котляревский*), Теория статистики (*П. А. Вихляев*), Введение в учение о праве и государстве (*М. А. Рейснер*), История Институтов частного права (*А. М. Винавер*), История социализма (*В. П. Волгин*), Исторический материализм (*Н. И. Бухарин*), Теоретическая экономия, История XIX века.

II-й год. Гражданское право (*И. Б. Новицкий*), Социальное страхование (*З. Г. Тетенборн*), Трудовое право (*И. С. Войтинский*), Уголовное право (*М. Н. Гернет*), История Институтов публичного права (*М. С. Фельдштейн*), Административное право (*А. И. Елистратов* и *М. Д. Загряцков*), Наука о финансах (*И. И. Гензель*), Земельное право (*А. Э. Вормс*), Экономическая политика РСФСР, Государственное устройство РСФСР, Современное мировое хозяйство, Организация профсоюзов, Теория и практика кооперации.

III-й год. Уголовный процесс (*Н. Н. Полянский* и *М. Ф. Левитин*), Административная юстиция (*М. Д. Загряцков*), Судебная медицина (*П. А. Минаков*), Международное частное право (*А. Э. Вормс*), Международное нраво публичное, Публичное хозяйственное право (*В. К. Шреттер*), Гражданский процесс (*В. Ю. Вольф*), Уголовная этнология, Судебная психиатрия (*Е. К. Краснушкин*).

Помимо того, на Отделении ведутся практические занятия по всем основным предметам курса.

Доклады по общественным вопросам, прочитанные в Философском Об-ве при Донском университете за 1921—1922 учебный год.

В апреле 1921 г. при Донском Ун-те, по инициативе проф. Ив. Ив. Ягодинского, Д. Д. Мордухай-Болтовского и А. М. Ладыженского, было организовано Философское О-во. В числе его задач важную роль играет разработка теории права и государства. Деятельность О-ва открылась докладом проф. *А. М. Ладыженского* на тему „Нормы и законы природы", напечатанном затем в 4-м № „Мысли". Затем были заслушаны в течение года сообщения *А. Э. Кистера* „Логика права", *В. В. Новожилова* „Предмет и метод чистой экономики", проф. *В. В. Есипова* „Ф. М. Достоевский, как криминалист", проф. *С. Ф. Кечекьяна* „Социальная философия Ф. М. Достоевского", проф. *А. И. Ющенко* „Учение акад. И. П. Павлова об условных рефлексах и его значение для обществоведения", д-ра *Владимирского* „Идея личности", проф. *А. Ф. Лебедева* „Ламаркизм, дарвинизм и менделизм и их влияние на современную соцнологию", проф. *А. М. Ладыженского* „Статика и динамика в праве". Последний доклад был затем напечатан в „Известиях Донского Ун-та".

Об-во об'единило работников различных факультетов Ун-та, заседания его собирали аудиторию в несколько сот человек.

Правовой Институт при Ф. О. Н. Туркестанского Государ. Универ.

Институт открылся 17 января 1922 г. Директором И-та состоит проф. по кафедре социального права *С. П. Цокровский*; секретарем—ассистент по кафедре международного права *Б. А. Усатенко-Червонный*. Председателями отделений:—1) Истории и теории права— проф. по кафедре истории права — *И. И. Крыльцов*. 2) публичного права—проф. *С. П. Цокровский*. 3) местного права—проф. по кафедре мусульманского права *А. Э. Шмидт*. 4) уголовного и гражданского права—препод. по кафедре уголовного права *А. А. Пионтковский*. Открытие Института сопровождалось речами: 1) Проф. *С. П. Цокровского* „О задачах Института", 2) Проф. *Л. В. Успенского* „Об образах действительности в праве". 3) Проф. *И. И. Крыльцова* „Из истории отношения русской государственной власти к проблеме высшей школы" 4) Преп. *П. П. Крапухина*—„Национализм и универсализм в гражданском праве".

За полгода деятельность института проявилась в следующих докладах: 1) Проф. *С. П. Цокровского*—„Международные отношения на Помирах во второй половине XIX-го и начале XX-го столетия". 2) Проф. *Л. В. Успенского*. „Некоторые юридические проблемы в связи с советской конституцией". 3) Препод. *П. П. Крапухина*.—„Значение статистического метода в частном праве". 4) Препод. *А. А. Пионтковского*—„Система террора с точки зрения уголовной политики"—5) Его-же—„Уголовный Кодекс Р.С.Ф.С.Р".

ОГЛАВЛЕНИЕ.

Стр.

1. **И. Б. Новицкий**—Безвалютность займа 3
2. **М. М. Агарков**—Юридическая природа ж. д. перевозки 7
3. **Б. Д. Плетнев**—Земел. законод. и государственная структура России. . . . 19
4. **А. М. Ладыженский**—Основные тенденции новейших Западно-Европейских конституций 27
5. **Н. Н. Голубев**—Новые задачи современного международного права 36
6. **Н. Н. Полянский**—Уголовный Кодекс Р.С.Ф.С.Р. и герм. проект Угол. Улож. 44
7. **П. И. Люблинский**—Междун. союз криминал. за время войны и после нее . 51
8. **М. М. Гродзинский**—Допрос обвиняемого в новом процессуальном Кодексе. . 56
9. **М. Н. Гернет**—Очерки тюремной психологии 65
10. **Библиография.** „Систематический обзор научной литературы в Германии 1914—21 г.“; **A. Nussbaum** „Theoreme und Wirklichkeit“; **Н. Н. Алексеев**—„Введение в изучение права“ и „Очерк по общей истории государства“; **Я. М. Магазинер** „Лекции по государственному праву“; Гербовый сбор—руководство и раз'яснения; **Э. Я. Немировский** „Основные начала уголовного права“; **Karl Nötzel** „Das Verbrechen als soziale Erscheinung“ 75
11. **Законодательная хроника.** Сводка декретов, опубликованных с 1 июля до 1 августа 1922 г. Декрет о праве застройки 83
12. **Судебная хроника.** Штраф за неисполнение договора; иск к недобросовестному продавцу; дела об алиментах 85
13. **Академическая хроника** 88
14. **Об'явления** . . . . . —

N0126638
ЮФ СПБГУ